

THÈSE DE
PARIS.
1888.
N^o. 54.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE

DES PROCÈS-VERBAUX
en matière criminelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 15 mars 1888, à 3 heures.

PAR

ÉTIENNE FLOUCAUD-PÉNARDILLE

Né à Tulle (Corrèze)

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, *professeur.*
MASSIGLI, *agrégés.*
CHAVEGRIN, }

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1888

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE

DES PROCÈS-VERBAUX

en matière criminelle

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le 15 mars 1888, à 3 heures

PAR

ÉTIENNE FLOUCAUD-PÉNARDILLE

Né à Tulle (Corrèze)

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. GÉRARDIN, *professeur.*
MASSIGLI, *ag. égés.*
CHAVEGRIN, }

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

HENRI JOUVE

23, Rue Racine, 23

1888

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE ET DE MES FRÈRES

A MA GRAND-MÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE LA PREUVE LITTÉRALE

Nous nous proposons d'étudier la preuve littérale. Elle résultait des *instrumenta privata*, des *scripturae forenses*, des *acta publica*.

Nous consacrons à chacun de ces actes une partie de notre travail, que nous terminons par un examen de la valeur comparée de la preuve littérale et de la preuve testimoniale.

PREMIÈRE PARTIE

Actes privés

Nous allons étudier les actes privés au triple point de vue : de leur fonctionnement et de leurs origines, de leurs formes, de la force probante attachée à chacun d'eux.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES SUR LES ACTES PRIVÉS

Les principaux actes privés que connaissaient les Romains sont : le *Codex*, les *Syngraphæ* et *Chirographæ*, les *Cautiones*, les *Apocha* et *Antapocha*.

Codex. — C'était une vieille habitude à Rome de relater chaque jour sur des tablettes les faits concernant l'avenir pécuniaire de la maison, les marchés, les ventes, les achats, les prêts, les emprunts, etc. Ces *tabulæ*, qui étaient nommées *adversaria*, étaient dépourvues de toute valeur juridique, ainsi que le constate Cicéron (*Pro Roscio*, com. 2. P. 3) ; lorsque Fannius Chéréas veut tirer de ces *adversaria* la preuve d'une créance contre Roscius, l'orateur s'élève contre cette prétention qu'il présente comme tout à fait singulière.

Mais les *Adversaria* étaient plus tard transcrits sur le *Codex*, registre rédigé en partie double, l'une affectée aux dépenses faites par le *pater familias*, l'autre consacrée aux bénéfices réalisés par lui.

Que telle ait été l'habitude des Romains il n'y a pas à en douter. Nous lisons dans Asconius (2^e Verrine, *comm*) : *Moris autem fuit unumquemque domesticam rationem sibi to-*

tius vitæ per dies singulos scribere, ex qua appareret quid quisque de redditibus suis, quid de arte, sœnore, lucro se possuisset quoque die et quid sumptus damnive fecisset.

Le Codex était donc le tableau vivant des variations se produisant journellement dans le patrimoine. Aussi son autorité était-elle considérable.

Cette institution doit-elle nous étonner ? Est-il surprenant que, sinon les lois, au moins les mœurs aient imposé à tout chef de famille la tenue régulière des *tabulæ expensi et depensi* ? Assurément non.

« Chez un peuple dont le fond du caractère, surtout à l'origine, avant le mélange avec toutes les nations, fut la sévérité de mœurs, le compte et le ménagement parcimonieux du patrimoine souvent jusqu'à l'avarice, l'esprit juridique jusqu'au culte du procès, chez un pareil peuple, ce devint une habitude nationale, quand les lettres furent introduites et répandues, que chaque chef de famille tint un registre domestique, dans lequel il consignât exactement, jour par jour, ses opérations, ses revenus et ses bénéfices, ses dépenses et ses pertes de toute nature. L'austérité et la foi primitives donnèrent un caractère de sanction presque religieuse et publique à ces tables domestiques. » (Ortolan).

Aussi est-ce en maints endroits que l'on trouve des traces du soin avec lequel on les tenait, du crédit qui s'y attachait. Cicéron (*In Ver.* 2 A. 123) reproche à Verrès de n'avoir pas rédigé avec soins ses *tabulæ* et dans son plaidoyer en faveur de Roscius, il nous en montre l'utilité,

quand il dit : « *Quid est quod negligenter scribamus adversaria ? Quid est quod diligenter conficiamus tabulas ? Qua de causa ? Quæ hæc sunt menstrua, illæ sunt æternæ ; hæc delentur statim, illæ servantur sanctæ ; hæc parvi temporis memoriam, illæ perpetuæ existimationis fidem et religionem amplectuntur* (Pro Roscio Orat. 3. P 2).

Les lois Romaines reconnaissaient au *Codex* un effet juridique considérable.

D'abord il présentait de l'utilité au point de vue probatoire. A l'aide des mentions qu'il contenait, on pouvait établir toutes sortes de conventions, même au profit de celui qui en était propriétaire, sauf, bien entendu, la preuve contraire.

Ces inscriptions, destinées plus tard à servir de preuves, portaient le nom de *Nomen* (parce que le nom du débiteur était inscrit sur le livre). Peu à peu, cette expression dégénère ; *Nomen*, ce n'est plus l'inscription de la créance, mais la créance elle-même. Et si la créance a pour cause un *mutuum*, le *nomen* est suivi du mot *arcarium*, qui vient d'*arca* (coffre-fort), ce qui veut dire que la créance a sa source non dans l'écriture, mais dans la sortie du coffre-fort des espèces pour être comptées et posées ; c'est de l'*arca* qu'est venue la somme.

Mais le *Codex* ne sert pas seulement à constater les obligations, il sert aussi à les engendrer. C'est là son côté le plus original ; nous allons l'examiner.

Nous avons déjà dit que le *Codex* était un registre tenu en partie double : il contenait d'un côté les dépenses

(*codex expensi*), de l'autre les recettes (*codex accepti*), faites par le père de famille. *Acceptum titio centum*; *Expensum titio centum*, telles étaient les formules usitées.

Pour donner naissance à une obligation au moyen des écritures, on avait recours à la *transcriptio*. Cette opération, qui reposait sur l'idée d'un *mutuum* fictif, d'une pesée ou numération d'espèces qui en réalité n'avait pas été faite, intervenait dans deux hypothèses, *a re in personam*, *a persona in personam*.

1° *A re in personam*. — Je suis votre débiteur d'une somme de cent, à titre de locataire, d'acheteur, peu importe. Cette somme, qui est déjà écrite sur vos *tabulæ* sous cette mention. *Expensum a Titio centum emptionis ac locationis causa*, je vous demande de la mentionner de nouveau comme m'ayant été prêtée en vertu d'un *mutuum*. Alors, que ferez-vous? Vous écrirez dans la partie du Codex réservé à l'*acceptum* un paiement fictif. *Titio centum accepta lata quæ mihi debebat emptionis ac locationis causa*, puis vous faites figurer à l'*expensum* le prêt que vous êtes censé me faire. *Titio centum expensa lata*, sans avoir besoin de causer ce *nomen*. Par cela seul que j'ai sollicité de vous cette seconde inscription, je suis obligé *litteris*. En réalité, je ne vous donne rien, vous ne recevez rien. Mais ce que je ne vous donne pas, vous êtes réputé l'avoir reçu; ce que vous ne recevez pas, je suis réputé vous l'avoir compté. L'obligation primitive qui émanait d'un contrat consensuel a disparu pour faire place

à une obligation nouvelle qu'engendrent les *litteræ*. C'est une novation par changement de cause.

2. *A persona in personam*. — La *transcriptio* a lieu *a persona in personam*, lorsque la mention de la créance déjà faite au Codex sous le nom de Séius par exemple, est effacée et remplacée par une autre mention au nom de Titius, sur l'ordre de Séius ou de la propre initiative de Titius. Mais dans tous les cas, le consentement de ce dernier est formellement exigé, en vertu de ce principe que nul ne peut obliger autrui. C'est là une novation par changement de débiteur.

Par conséquent, pour s'obliger, plus besoin de pesée d'airain, plus besoin de paroles solennelles, comme dans le *nexum* et la stipulation. Les *scripturæ* sont suffisantes. Le contrat est appelé contrat *litteris*. Et on nomme *transcriptitia nomina* les créances qui en résulteront.

Litteris, dit Gaius (comm. III. P. 128) *obligatio fit, veluti in nominibus transcriptis. Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam*. C'est le résumé de l'exposé que nous venons de faire du fonctionnement du contrat *litteris*.

Il y avait controversé sur le point de savoir si l'obligation *litteris* demande, pour être valable, la mention de l'opération sur le registre du débiteur. Nous pensons que l'inscription sur le *codex* du créancier était insuffisante. C'est ce qui ressort très clairement d'un texte de Gaius, où il est établi une comparaison entre le contrat *litteris* et le contrat *verbis* : *Quum alioquin in verborum obligationi-*

bus alius stipulatur, alius promittat in nominibus alius expensum ferendo obligat, alius obligatur (comm. III, p. 137). Tandis que dans les obligations verbales l'un stipule, l'autre promet, dans les obligations littérales, l'une des parties (le créancier), en portant sur son *codex* une dépense, oblige, devient *creditor*, l'autre est obligée.

Si du reste la question que nous examinons devait recevoir une autre solution, comment s'expliquer le doute de Gaïus (*Transcriptitiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur*. C. III, p. 133) et de certains jurisconsultes sur le point de savoir si les pérégrins avaient le droit de s'obliger par les *scripturae*, étant donné que les pérégrins n'ont jamais eu de *codex*? Comment comprendre aussi cette possibilité de s'obliger *litteris* entre absents (Gaïus, C. III, p. 138, *sed absenti expensum ferri potest, et si verbis obligatio cum absente contrahi non potest*)? Dans cette hypothèse, le créancier pouvait-il vérifier la mention de l'opération sur le registre du débiteur, que l'on prétend indispensable à la validité de la convention?

Un passage de Cicéron (*Pro Roscio*) prouve bien que cette formalité n'était pas exigée : *Quod si ille suas profert tabulas, proferet suas quoque Roscius : erit in illius tabulis hoc nomen, at in hujus non erit*. Il est certain que si Fannius Chéréas avait fait mention sur son registre du *nomen* qu'il réclamait à Roscius, le *Codex* de ce dernier ne contenait rien à ce sujet. Si l'inscription sur les *tabulae* du débiteur eût été de rigueur, Cicéron n'aurait-il pas eu là

un moyen de défense souverain pour obtenir l'abolition de son client?

Or, examinons la suite du texte : « *Scriptisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? Non scripsisset hic quod sibi expensum ferri jussisset? Nam quemadmodum turpe est scribere quod non debeatur, sic improbum est non referre quod debeas : æque enim tabulæ condemnantur ejus qui verum non retulit, et ejus qui falsum præscripserit.* » L'orateur cherche-t-il à s'y prévaloir de cette arme qui devait le faire triompher? Non, elle n'y est même pas indiquée. C'est donc qu'elle n'existait pas. La doctrine que nous combattons, pour se concilier avec ce fragment de Cicéron, ne peut expliquer le silence de ce dernier ; à moins de supposer une omission, ou l'ignorance dans laquelle se trouvait l'orateur de la règle de droit rendant obligatoire l'inscription *parte a debitoris*. Ce sont là deux hypothèses qui nous semblent manifestement inadmissibles.

Toutefois, si, pour nous, l'inscription du *nomen* sur le registre du créancier suffit pour engendrer l'obligation, nous pensons qu'il n'est pas indifférent, au point de vue de la preuve, que le débiteur ait opéré ou non la mention sur son *Codex*.

Nous avons déjà parlé de la valeur probatoire du *Codex*. Le *Codex*, avons-nous dit, apporté *in lite*, pouvait être invoqué contre son propriétaire et en sa faveur. C'est ce qui résulte de ce passage de Cicéron (*In verem Oct. 2. L. 2. P. 23*) : *Plurima signa pulcherrima, plurimas tabulas optimas deportasse te negare non potes. Atque utinam*

neges ! Unum ostende in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse vicisti.

Si ce moyen de preuve était à la disposition de tout le monde, il pouvait aussi être attaqué de toute manière : par écrit ou par témoins indistinctement.

Il serait erroné de croire que les *scripturæ* constituassent à elles seules une preuve complète. On ne doit pas oublier que les obligations qu'elles relatent sont le résultat d'un contrat, qui suppose, comme toutes les conventions, le consentement des personnes qui y ont participé, de la partie qui oblige et de la partie qui est obligée. Il est, partant, impossible d'admettre que la mention de la créance *à parte creditoris*, doive établir d'une façon irréfutable l'existence de cette dernière. Autrement, personne ne serait en sécurité. On se trouverait à chaque instant exposé à voir des gens de mauvaise foi venir réclamer des sommes qui ne sont pas dues, en invoquant à l'appui de leurs prétentions des écritures par eux faites à l'insu de la personne qu'ils affirment obligée.

Le consentement du débiteur doit donc être établi, et il résultera surtout de la mention de l'*acceptum* sur le registre du débiteur. Cette mention, indifférente quant à l'existence de la convention, offre donc une grande utilité au point de vue de la preuve.

L'honneur et la bonne foi font au débiteur un devoir de referre l'*expensum* sur son *codex*. S'il l'a fait, la prétention du demandeur s'impose ; s'il ne l'a pas fait, le créancier devra fournir un supplément de preuve.

Au reste, cette difficulté n'avait pas échappé à l'esprit positif des Romains. Pratiquement, ils l'évitaient par l'intervention de tiers, qui servaient de témoins, ou qui même inscrivaient sur leurs propres tablettes la formation du contrat. Ces tiers s'appelaient *pararii* (Sénèque *De Beneficiis* 2-23-3-15).

Nous savons quelles sont les idées qui ont amené l'institution du *Codex*. Attachons-nous maintenant à examiner quels sont les besoins pratiques auxquels est venue répondre la création du contrat *litteris*.

Les Romains en usaient pour remplacer une obligation antérieure résultant d'une cause quelconque (achat, vente, *mutuum*), existant entre les mêmes parties, ou pour éteindre une obligation contractée avec un premier débiteur à un titre quelconque, et la remplacer par une nouvelle obligation contractée *litteris* avec un nouveau débiteur. *Fit autem nomen transcriptitium duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam.*

Mais, se demandera-t-on, quelle utilité présentait cette opération? La réponse est facile. Désormais le débiteur sera tenu en vertu d'un contrat de droit strict, partant, d'une manière beaucoup plus rigoureuse; le lien qui l'unit au créancier est devenu plus étroit, plus solide que lorsqu'il était obligé par une vente ou par un louage, qui sont des contrats de bonne foi.

D'autre part, la situation devient par ce moyen beaucoup plus simple pour le créancier. Par exemple, si le lien

antérieur à la *transcriptio* que cette dernière suppose et qui la motive a été produit par un *mutuum*, le débiteur n'en est pas moins dorénavant obligé par les seules *scripturæ*. Et ces dernières une fois établies, le créancier triomphera de son adversaire sans être dans la nécessité d'établir préalablement la numération des espèces.

Nous devons ajouter que le contrat *litteris* jouissait d'une grande supériorité sur le contrat *verbis*, en ce qu'il ne réclamait pas la présence des parties. Dans les transactions nombreuses, amenées par le développement constant des relations commerciales entre Rome et ses colonies, la stipulation ne pouvait pas intervenir.

De ce que le plus souvent le *nomen transcriptitium* supposait une obligation antérieure, il ne serait pas fondé de croire à l'impossibilité de concevoir une obligation *litteris* première, c'est à-dire ne supposant aucun rapport antérieur entre les parties. Ce procédé notamment était très fréquemment employé pour déguiser une donation. Je veux vous faire une libéralité que j'ai intérêt à dissimuler ; à ma prière, vous écrivez sur votre registre que vous avez versé entre mes mains une certaine somme. La donation a par là l'avantage d'être colorée d'un *nomen debiti* (Valère Maxime VIII. 2. Parag. 3).

Le *codex* finit par tomber en désuétude. Il faut se rappeler que, si une grande déconsidération s'attachait à l'absence de *codex*, à l'irrégularité dans la tenue des *tabulæ*, les Romains n'en demeuraient pas moins libres de les tenir ou non. Leur création avait été inspirée par

une idée religieuse ; le scepticisme apparaissant, il s'en suivit qu'on se détacha facilement du culte des choses divines ; les croyances furent ébranlées, ce qui amena le détachement des institutions qui en dérivait. Ces considérations expliquent largement la disparition complète du *codex* à l'époque de Justinien. Elle dut se produire d'une façon d'autant plus rapide que le dommage matériel résultant de l'absence des *tabulæ* était à peu près nul. *Olim scriptura fiebat obligatio*, dit Justinien (Instit. liv. 3. T21) *quæ nominibus fieri dicebatur, quæ nomina hodie non sunt in usu*.

Cette dernière phrase du texte n'est pas absolument exacte. Le *codex* se maintint, mais pour devenir d'un usage particulier à cette classe de gens qui ont un intérêt important à connaître exactement ce qui rentre dans leur caissè et ce qui en sort : les changeurs ou *nummularii*, les banquiers ou *argentarii*. Ils y mentionnaient et leurs propres opérations et celles auxquelles ils procédaient au nom de leurs clients. Leur *codex* se distinguait de celui des particuliers, en ce que la rédaction, au lieu d'être mensuelle, était journalière ; en outre, chaque opération devait être très exactement datée.

Syngraphæ et Chirographa. — Les citoyens Romains seuls avaient le *codex expensi et accepti* ; c'était en effet une institution du droit civil. Aussi les pérégrins ne pouvaient-ils devenir créanciers *litteris*. Mais, pouvaient-ils s'obliger *nominibus transcriptitis* ? *Quæritur*, répond

Gaius (comm III. P. 132) *quia quodammodo juris civilis est talis obligatio*. Et le jurisconsulte ajoute : *Quod Nervæ placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcriptitium, peregrinos etiam obligari; si vero a persona in personam non obligari*. Nerva refusait donc absolument l'usage du contrat *litteris* aux étrangers; Sabinus et Cassius leur interdisaient seulement de s'obliger *litteris a persona in personam*.

Mais il est certain que les pérégrins avaient à leur disposition d'autres écrits, les *Syngraphæ* et les *Chirographa*. Ils différaient des *tabulæ* en ce qu'ils consistaient en une feuille volante, et qu'ils étaient l'œuvre du débiteur, au lieu d'être l'œuvre du créancier.

Il ne faut pas confondre ces deux actes : car ils ne sont pas semblables. Asconius nous signale les différences qui les séparent : *Chirographa ab una parte servari solent : Syngraphæ signatæ utriusque manu, utrique parti servandæ traduntur* (*in Verrem* 2. act. 1, 36). Le premier était donc rédigé en un seul exemplaire, signé par le seul débiteur, remis par lui au créancier. Le second était rédigé en deux exemplaires, signés par les deux parties, remis à chacune d'elles.

Il est même permis d'affirmer que l'existence des *chirographa* et des *syngraphæ* ne fut pas simultanée, que ce furent deux institutions successives. Plaute en effet, parle des *syngraphæ* et ne dit mot des *chirographa* ; sous Justinien, au contraire, on ne voit plus figurer que les *chirographa*.

C'est une question très controversée que celle de savoir si les *chirographa* et les *syngraphæ* étaient des écrits obligatoires. Les uns veulent n'y voir qu'un simple moyen de preuve, les autres leur reconnaissent un effet générateur d'obligations.

La difficulté provient d'un texte de Gaius, défectueux dans sa rédaction, qui, pouvant se prêter à des interprétations différentes, est invoqué tour à tour par les partisans de chaque opinion. Ce texte est le suivant : *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat ; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

On a argué de la forme dubitative de ces mots « *fieri videtur*, » pour soutenir que ces actes étaient un mode de preuve ordinaire, qu'ils n'étaient jamais générateurs d'obligations. Gaius ne dit pas, comme pour les *arcaria nomina*, *litteris obligatio fit* ; il dit simplement *litterarum fieri obligatio videtur chirographis et syngraphis*.

Il est certain que cette phrase est conçue de façon à ne satisfaire personne. Si les *syngraphæ* et *chirographa* donnent naissance à une obligation, pourquoi Gaius écrit-il *obligatio fieri videtur* ? Pourquoi ne dit-il pas *obligatio litterarum fit chirographis et syngraphis* ? D'autre part, n'est-on pas en droit de soutenir que ce mot « *videtur* » n'autorise pas à refuser à ces deux écrits le pouvoir d'obliger ? Une assertion semblable ne ressort pas clairement du texte. D'autant plus que le jurisconsulte,

lorsqu'il veut définir le caractère probatoire des *accaria nomina*, s'exprime dans les termes suivants : *Recte dicimus accaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere*. Comme cette formule est loin de se rapprocher des termes dont il se sert dans le texte qui nous occupe !

Nous inclinons à penser qu'il faut reconnaître aux *chirographa* et aux *syngraphæ* ce pouvoir d'obliger. Et telle est, à notre avis, la conviction de Gaïus. Seulement cette conviction, il ne la formule pas d'une façon précise ; il laisse planer un doute sur la question, ce qui nous porterait à croire que peut-être ce point de droit avait donné lieu à une controverse, à l'endroit de laquelle le jurisconsulte semble ne pas vouloir prendre carrément parti. Mais, quelques lignes plus bas, ce doute disparaît. En ajoutant « *quod est proprium genus obligationis peregrinorum*, » la pensée de l'auteur se révèle.

Dans son esprit, évidemment, il y a bien obligation *litteris*. Un autre membre de phrase du texte « *ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*, » démontre qu'il s'agit ici d'un lien de droit dont la naissance ne peut s'expliquer par un acte distinct de l'écrit. Si l'on remarque en outre que le *Præterea*, mot initial du Paragraphe 134, semble bien exprimer une certaine analogie entre ces écrits et les *nomina transcriptitia*, dont il est parlé au paragraphe précédent, il devient impossible de persister à reconnaître aux écrits que nous étudions un caractère exclusivement probatoire.

Au surplus, ne peut-on pas soutenir que dans ces mots « *feri videtur* » il n'y a qu'une variante de rédaction, sans importance dans la pensée de son auteur, à laquelle par conséquent il est inutile de s'arrêter ?

N'est-il pas permis de prétendre qu'en se servant du mot *videtur*, Gaius a voulu exprimer que nous ne sommes pas en présence de la véritable obligation littérale, de l'obligation *litteris* classique, qui a sa source dans les *nomina transcriptitia* ? que l'obligation dont il veut parler n'est qu'une image de la véritable obligation littérale engendrée par les *chirographa* et les *syngraphæ*, propre aux pérégrins. Il y a donc une foule de raisons pour affirmer que ces écrits peuvent donner naissance à une obligation.

Sous Justinien les *syngraphæ* ont disparu. L'empereur n'en parle pas : il mentionne au contraire le *chirographum* qui passa dans la pratique des Romains comme un moyen de preuve par écrit.

Les Romains qui, de l'avis de tout le monde, se servirent du *chirographum* comme moyen de preuve par écrit, purent-ils s'obliger *chirographa* ? Un texte de Justinien nous permet d'affirmer que cet écrit a conservé sa force obligatoire.

Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest ; hoc enim sæpe constitutum est. Sic fit ut et hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur : et ex ea nascitur conditio cessante scilicet verborum obligatione (Institut. Liv. III. T. 21).

A l'époque de Justinien, le *codex* n'existait plus, il n'était plus question que de *cautiones* ou de *chirographa*.

L'hypothèse sur laquelle raisonne l'Empereur dans le texte que nous venons de citer, est celle d'un débiteur qui reconnaît avoir emprunté par écrit (*cautione aut chirographo*) une somme qui ne lui a pas été comptée. Au bout d'un certain temps (deux ans), l'exception *non numeratæ pecuniæ* ne le protège plus. Il n'en est pas moins obligé. Quelle est la cause de l'obligation ? *Scriptura obligetur*, répond Justinien. Et comme pour exprimer sa pensée avec plus de force, l'Empereur prend la peine d'ajouter que le droit du créancier est sanctionné par une action : *ex ea nascitur condictio*.

Cette solution est du reste très conforme aux principes. L'exception *non numeratæ pecuniæ*, accordée à une personne qui a donné une reconnaissance de l'engagement pris par elle, prouve bien que, malgré l'absence de numération d'espèces, il y a un *vinculum juris*, un lien de droit sérieux entre les parties. Cette situation n'est pas le résultat d'un *mutuum*, puisque, la dation ne s'étant pas réalisée, il n'a pas pu se former. Justinien supposant l'absence d'une stipulation (*cessant scilicet verborum obligatione*), elle n'est pas due non plus à un contrat *verbis*. L'emprunteur ne peut donc être tenu qu'en vertu d'un écrit.

Cautiones. — La *cautio*, en droit Romain, signifie toutes les garanties qu'une personne peut donner à l'autre ; cette expression s'applique donc à tous les instruments proba-

toires que nous rencontrons dans les textes sous les noms de *Instrumentum*, *Scriptura*, *Libellus*, *Charta*, *Chartula*, etc.

Mais le mot *cautio* désigne spécialement l'écrit délivré par le débiteur au créancier, contenant une reconnaissance de la dette de somme d'argent. C'est la promesse faite par écrit de rembourser *certain pecuniam* montant d'un *mutuum* déjà réalisé ou qui est à réaliser.

Dans cette acception, elle est appelée à rendre tous les services que les Pérégrins demandaient aux *syngraphæ* et aux *chirographa*. L'admission du *chirographum* eut pour résultat de le confondre avec les *cautiones*. Ces deux expressions devinrent synonymes; aussi, dans les textes du Digeste, les voyons-nous fréquemment employées l'une pour l'autre,

Apocha et *Antapocha*. — L'*Apocha* est une *securitas* pour le débiteur. C'est l'écrit que ce dernier se fait délivrer pour constater le paiement de sa dette. Cette reconnaissance lui permettra de paralyser la mauvaise foi du créancier qui viendrait lui réclamer l'exécution d'un engagement qu'il a déjà rempli.

Mais, dira-t-on, comment cet usage s'est-il introduit à Rome? Des témoins ne rendraient-ils pas le même service? Non, car ils peuvent s'absenter, ils peuvent mourir, ils peuvent aussi se laisser suborner. La preuve testimoniale ne procurerait donc pas au débiteur une sécurité absolue.

A côté des *Apocha*, les auteurs parlent des *Antapocha*

(εντι contre αποχ, quittance) c'est un moyen pour le créancier d'établir qu'il a été remboursé.

On conçoit facilement l'utilité pour un débiteur d'être nanti d'une quittance ; mais quel peut être l'avantage d'une contre-quittance, quel intérêt peut-il y avoir pour le créancier à posséder la preuve du paiement qui lui a été fait.

Si voluerit, nous dit la loi 19 au Code. Livre IV. T. 21, *is, qui apocham conscripsit, vel exempla, cum subscriptione ejus, qui apocham suscepit, ab eo accipere, vel antapocham suscipere, omnis ei licentia concedatur facere hoc, nescessitate imponenda susceptori apochæ antapocham reddere*. Le créancier pourra, lorsque telle sera sa volonté, rédiger deux quittances et en retenir une qu'il fera signer au débiteur qui avoue par là avoir été débiteur, ou bien forcer le débiteur à rédiger un écrit spécial, appelé *antapocha*, dans lequel ce dernier reconnaîtra sa qualité de débiteur et qu'il remettra au créancier.

Ce texte établit d'une façon certaine que le créancier peut exiger de son adversaire une contre-quittance ou un double de la quittance qu'il a remise entre les mains du débiteur. S'il a une action pour arriver à ce résultat, le créancier use d'un droit, et comme il n'y a pas de droit sans intérêt, nous sommes ramenés à la question que nous nous posions tout d'abord ; dans quels cas cet intérêt existe-t-il ? Lorsqu'il s'agit de prestations périodiques, de fermages, de redevances emphytéotiques. *L'antapocha* permet au propriétaire, dans le

cas où son ayant-cause voudrait intervertir le titre de sa possession, se prétendre *dominus*, de parer aux inconvénients qui auraient résulté pour lui de la règle *Actori incumbit probatio*, et de le dispenser par là d'établir son droit de propriété ; car l'*antapocha* est un aveu de possession précaire.

Il y a encore une hypothèse où l'utilité de l'*antapocha* est manifeste. Nous voulons parler d'un paiement d'*usure* effectué par un débiteur. Le créancier en a donné quittance. Si le créancier n'a pas la précaution de se faire délivrer une *antapocha* au bout de trente ans, le débiteur est dans son droit de soutenir que la prescription est accomplie, que son obligation est éteinte. La contre-quittance servira alors à détruire cette assertion, puisqu'elle est une preuve de l'interruption de la prescription.

Bien entendu, le créancier ne pourra se faire délivrer l'*antapocha* qu'autant qu'il y a intérêt. Supposons une créance consistant en une somme d'argent payable en une seule fois, le paiement effectué, tout droit ou profit du créancier est éteint, tout rapport juridique entre son cocontractant et lui disparaît ; dès lors, où serait l'utilité pour lui de réclamer une *antapocha* ?

CHAPITRE II

FORME DES ACTES PRIVÉS

Les Romains ne s'étaient pas montrés très rigoureux pour la rédaction de leurs écrits privés.

Il est certain qu'il n'était pas nécessaire que les actes fussent écrits de la main des contractants. C'est ce qui résulte de la loi 20 au Code L. VIII. T. 54 : *Vice donatricis alio, voluntate ejus, subscribente, jure facta donatio, non habetur irrita*. C'est ce qui résulte également de la loi 21 au Code de Testamentis : *Quod si litteras testator ignoret, vel scribere nequeat, octavo subscriptore adhibito, eadem servari decernimus*.

Si la loi, pour des actes de cette importance, donations et testaments, ne demandait pas la rédaction personnelle, elle l'exigeait encore moins pour des conventions moins solennelles.

Il était même entré dans les mœurs que les actes fussent écrits : par des jurisconsultes qui d'ordinaire s'acquittaient de cette mission en observant strictement les principes juridiques ; ou bien par des *tabularii*, esclaves qui, près de leurs maîtres, jouaient le rôle de secrétaires ; ou enfin par des *scribæ*, écrivains publics qui plus tard formèrent une corporation importante.

Pour ce qui était de la signature, ou *subscriptio*, elle était nécessaire.

C'est ce que nous prouve une constitution de l'empereur Léon : *Scripturæ, sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scriptura fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non* (L. II C. L. VIII. T. 18). Ce texte prouve bien que la signature imprime à l'acte son caractère de perfection. La signature est indispensable, nous dit-il, quelle que soit la personne qui ait rédigé l'acte, que la rédaction en ait eu lieu ou non devant témoins.

Une autre Constitution de date plus récente modifie ce principe rigoureux en ce qui concerne les testaments : *Si quis sua manu totum testamentum vel codicillum conscripserit, et hoc specialiter in scriptura reposuerit, quod hæc sua manu confecit, sufficiat ei totius testamenti scriptura, et non alia subscriptio requiratur* (L. 28. C. L. VI. T. 23). Il est évident qu'il y a ici une garantie autre que la signature, c'est la rédaction émanant pour le tout de la main même du testateur.

Après avoir parlé de la *subscriptio*, nous sommes naturellement amenés à dire quelques mots du sceau annulaire.

C'était une habitude chez les Romains de porter une bague au doigt. Tout d'abord les chevaliers jouissaient seuls de cette faveur. Plus tard, ce fut un privilège qui devint la propriété de toute personne jouissant de quelque dignité soit héréditaire, soit élective.

Les Romains, au lieu de signer un acte, apposaient leur sceau sur l'écrit ; on appelait cela « *apponere signaculum*. » Ce seing, une fois apposé, avait la même valeur que la signature.

Et remarquons que cette apposition du sceau annulaire, pure faculté chez les citoyens instruits, était une nécessité pour les individus illettrés, qui n'avaient pas d'autre ressource pour imprimer à un acte le caractère de leur personnalité. Aussi ne doit-on pas être étonné de voir beaucoup de textes nous parler du *signaculum*, et Paul dans ses *Sentences* (L. 5. T. 25. P. 6), énoncer des règles minutieuses sur la façon dont l'apposition devait s'effectuer.

Mais à mesure que l'instruction se répandait, que l'usage de l'écriture devenait plus général, la signature prenait le pas sur le sceau, et le rôle du *signaculum* allait s'amoin-drissant.

Il serait téméraire de penser que le rôle du sceau ait été nul à partir du Bas-Empire. Il est en effet parfaitement établi que si, à l'époque la plus récente du droit romain, le sceau a perdu le caractère indispensable qui lui était autrefois reconnu, il n'en est pas moins resté très usité, et il a toujours conservé la vertu qu'il avait de manifester à la passation d'un acte la coopération de celui qui en était le propriétaire.

Il existe même une hypothèse ou le *signaculum* et la *subscriptio* sont mis sur le même rang, où leur présence simultanée est exigée. Cette hypothèse est prévue par la

loi 21 au Code L. VI. T. 23 : *Non subscriptum autem a testibus ac non signatum testamentum, pro infecto haberi convenit.*

Les testaments devront donc être à la fois *signati* et *subscripti*. La raison de cette décision se trouve dans l'utilité qu'il y avait d'entourer les dispositions de dernière volonté d'une garantie plus complète. On voulait par là réaliser au plus haut degré l'idée de spontanéité qui, dans toute bonne législation, doit les inspirer, et, pour atteindre ce but, les Romains avaient recours à un moyen dont il était facile d'user, étant donnée l'expansion toujours croissante de l'écriture.

Mais nous nous garderons d'étendre à une autre catégorie d'écrits la règle posée par le texte que nous venons de citer. C'est une dérogation au droit commun. Le caractère exceptionnel de la loi 21 est surabondamment justifié par le caractère exceptionnel des actes auxquels il s'applique.

Dans les actes sous seing privé, l'indication du lieu n'était pas exigée.

Il en était de même pour la date, du moins en principe, car certains actes échappaient à cette règle.

Tout d'abord, la mention de la date pouvait résulter de la convention des parties, être déterminée par une considération particulière.

Elle pouvait en outre être imposée par un ordre exprès de la loi. C'est ce qui avait lieu pour les conventions d'hypothèque et de gage. Ici la date est très importante :

potior jure, prior tempore. Aussi l'empereur Léon s'occupe-t-il de fixer la date des actes constitutifs de gage et d'hypothèque (C. L. VIII, T. 18. L. 11). Il décide que le plus ancien l'emportera sur le plus récent, que les actes publics l'emporteront sur les actes privés même antérieurs, à moins que ces derniers ne portent la signature de trois témoins : *forte probatæ atque integræ opinionis*.

Enfin la nature de l'acte lui-même pouvait exiger la mention de la date. Nous pouvons citer à titre d'exemple le passage suivant (L. 27. C. *De Testamentis*): *Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam voluntatem aperuit, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestavit, et decennium fuerit emensum, tunc irritum est testamentum*. Or il faut bien que cette action en nullité du premier testament ait un point de départ ; elle ne peut en avoir d'autre que la date écrite dans celui-ci.

Pour les témoins, aucune règle ne réclamait leur présence.

Cependant leur assistance et leur signature avaient de l'utilité. Car elles donnaient, dans une certaine mesure à l'*instrumentum privatum* la force d'un acte public, puisqu'en leur absence l'écrit privé devait succomber, au point de vue de la constitution des droits de gage et d'hypothèque, devant un acte public, quoique postérieur en date. C'est ce qui résulte de la Constitution de l'empereur Léon que nous avons déjà citée (L. 11. C. L. VIII. T. 18) : *Sin autem jus pignoris vel hypothecæ ex hujus modi insru-*

mentis vindicare quis sibi contenderit; cum qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernis etiamsi posterior is contineatur.

Lorsque des témoins assistaient à la rédaction d'un acte, ceux-ci en écoutaient la lecture, puis ils signaient ou ils apposaient leur sceau.

S'ils ne savaient ou ne pouvaient signer, s'ils n'avaient pas de sceau, leur nom était mentionné dans l'écrit. Et plus tard, en cas de contestation, ils attestaient valablement que l'acte avait été dressé en leur présence.

En cas de contestation d'écritures, les témoins étaient appelés à établir la sincérité de l'écrit concurremment avec la comparaison des écritures qui, à leur défaut, du reste, n'était jamais admise, *ut*, nous dit Justinien, *non in sola scriptura et ejus examinatione pendamus, sed sit judicantibus etiam testium solatium.*

Mais cette législation, qui ne faisait pas de l'assistance des témoins une condition nécessaire de la validité d'un acte privé, qui laissait aux parties sur ce point une liberté complète, se modifia à partir de Justinien.

Ce prince, reconnaissant combien la présence de témoins était une garantie utile, exigea pour la rédaction de tout écrit constatant un emprunt de plus de cinquante livres d'or, ou le paiement d'une semblable somme, la présence de trois témoins (L. 17. C. L. IV. T. 2). Puis il étendit sa décision à tout écrit constatant un dépôt (N. 73. Ch. 1), ou tout autre contrat (id. Ch. 2).

Pour les gens illettrés ou peu lettrés, le nombre des

témoins était porté à cinq. Et Justinien voulait qu'ils fussent choisis de préférence parmi les *tabularii* ou les personnes connaissant les parties. L'acte devait être écrit par un des témoins (Ch. 4 *cid*).

Justinien déclara enfin (Ch. 9 *cad*) les dispositions de cette Novelle inapplicables à la campagne ; il en restreint l'application aux contrats dans lesquels il s'agit de plus d'une livre d'or (Ch. 8, *in fine-cad*).

Quant aux témoins, ils doivent être, nous dit l'Empereur, *probatae atque integræ opinionis*.

Dans la Novelle 90, il écarte comme témoins *quosdam artifices, ignobiles, atque vilissimos, atque minus obscuros*.

Il rejette aussi le témoignage des personnes qui auraient prêté leur assistance sans y avoir été invitées : « *hæc autem inania et ex transitu prohibita testimonia, nulla modis omnibus valere ratione.* »

CHAPITRE III

DE LA FOI DUE AUX ÉCRITS PRIVÉS

Pour apprécier d'une façon exacte le degré de foi que l'on doit ajouter à un écrit privé, il faut distinguer trois hypothèses :

L'écrit émane de celui qui l'invoque ;

L'écrit émane de son adversaire ;

L'écrit émane d'un tiers.

Première hypothèse. — L'écrit émane de celui qui l'invoque. Un acte ne peut jamais faire preuve complète en faveur de celui qui l'invoque. Ce principe est exposé dans la loi 5 au Code L. IV. T. 19 : *Instrumenta domestica seu privata testatio, seu adnotatio, si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.*

La justification de cette règle est exposée dans la loi 7 au Code, L. IV. T. 19 : *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione propria debitorem constituit : unde neque fiscum, neque alium quemlibet ex suis subnotationibus debiti probationem præbere posse oportet.* Il serait dangereux en effet que chacun pût se créer un titre de créance à lui-même.

La loi 6 du même titre contient une application de cette idée : *Rationes defuncti, quæ in bonis ejus inveniuntur, ad probationem sibi debite quantitatis solas sufficere non posse sæpe rescriptum est. Ejusdem juris est, et si in ultima voluntate defunctus certam pecunie quantitatem, aut etiam res certas sibi deberi significaverit.* Les comptes du défunt trouvés dans sa succession, les déclarations faites par lui dans son testament ne suffisent point pour prouver qu'une somme lui est due.

Nous avons vu que la loi 5 disait : *Instrumenta domestica... si non aliis quoque adminiculis adjuventur, ad probationem sola non sufficiunt.*

Il résulte de ce membre de phrase que l'existence d'*adminicula* permet à un écrit privé (*instrumentum domesticum*) de faire preuve complète en faveur de celui qui en est l'auteur.

Mais quels sont ces *adminicula*? Les lois romaines ne le disent pas. C'est donc au juge à apprécier, parmi les circonstances dont a été accompagnée la rédaction de l'*instrumentum*, quelles sont celles que l'on peut considérer comme des *adminicula* suffisants pour doter l'écrit de la force probante dont il est dépourvu pris isolément.

Les Romains regardaient comme tels la présence et le consentement du débiteur attestés par des témoins instrumentaires.

Dans la loi 6 au Code P. 2. L. IV, t. 19, nous trouvons un autre exemple : *Quod obtinet omnino, si testator non iuraverit* (on se place dans l'hypothèse d'une déclaration de

créance, faite sous serment, par une personne dans son testament) : *alioquin heredes necesse habent testationis religioni stare.*

Ainsi le serment du testateur accompagnant sa déclaration, voilà encore un *adminiculum* admis par la loi.

A ce principe, que les actes d'un individu ne suffisent pas pour faire en sa faveur preuve complète d'une obligation, il y a une exception. Elle résulte de la loi 2 au Code. L. IV. T. 20 : *Si tibi controversia ingenuitates fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes.* En matière d'ingénuité, ce texte le démontre, les écrits quels qu'ils soient, émaneraient-ils du demandeur et ne seraient-ils pas accompagnés d'*adminiculum*, font preuve suffisante. Il nous répugne cependant d'admettre sans réserve la décision de la loi 2. Nous ne pouvons pas ne pas penser et ne pas remarquer que le pouvoir discrétionnaire des juges sur la valeur des preuves écrites fournies venait corriger ce que contient d'excessif la règle contenue dans le fragment que nous venons de citer. C'est une garantie qui s'impose ; car c'est la seule arme à opposer aux entreprises audacieuses des gens de mauvaise foi.

Deuxième hypothèse. — L'écrit émane de celui auquel on l'oppose. Cet écrit peut être invoqué contre lui et faire preuve complète.

Ce principe n'a pas besoin d'être justifié ; les auteurs ne se donnent même pas la peine de le poser ; mais leurs textes en contiennent de très nombreuses applications,

parmi lesquelles figurent au premier rang les *apocha* et *antapocha* ; le rôle de ces écrits est en effet d'être opposé à ceux dont ils émanent.

Mais, remarquons-le bien, ce caractère de preuve complète n'est attaché qu'à l'original de l'*instrumentum*, et non à la simple copie, ou à la mention qui pourrait en être faite dans un autre acte. C'est ce que nous apprend Justinien dans le chapitre III de la Novelle CXIX : *Si quis in aliquo documento mentionem faciat alterius documenti; nullo ex hac memoria fit exactio, nisi aliud documentum cu us memoria in secundo facta est proferatur, aut alia secundum leges quantitatis debitæ probatio exhibeatur.*

Bien entendu celui, qui voit alléguer contre lui un acte dont il était prétendu l'auteur, peut y répondre par une dénégation. Elle est toujours possible ; et devant ce moyen de défense, le demandeur succombe, à moins que la contestation d'écritures ne soit suivie d'une reconnaissance volontaire ou judiciaire.

De la reconnaissance volontaire nous n'avons rien à dire, puisqu'elle est un pur effet de la volonté du défendeur.

La reconnaissance judiciaire doit au contraire nous arrêter quelques instants.

Elle a lieu de deux manières : ou bien par le témoignage de ceux qui ont assisté à la rédaction de l'acte, ou bien par la vérification d'écritures.

Ces deux procédures eussent-elles été défavorables, le défendeur avait encore le moyen de repousser victorieu-

sement les prétentions de son adversaire en invoquant un alibi. S'il parvenait à l'établir, il sortait triomphant de l'instance dans laquelle il se trouvait engagé :

Mais les lois romaines n'admettaient ce moyen de défense qu'autant que l'écrit contenait et la date et l'indication du lieu où l'acte avait été passé. A cette double condition seulement, le défendeur pouvait demander à prouver qu'il était absent à la rédaction de l'écrit.

Cette preuve, lorsqu'elle était autorisée, devait se faire tant par titres que par témoins.

Par titres. — En produisant d'autres actes signés par lui le même jour, et dans un lieu différent. Et ces titres doivent consister en *instrumenta publica*, les écrits privés ne pouvant aboutir à aucune démonstration, puisqu'ils étaient dépourvus de force en vertu de ce principe, que nul ne peut se créer un titre à lui-même. Il en serait ainsi, le titre émanât-il d'un tiers, d'après la règle *unius testimonio non est credendum*. L'acte public, au contraire, échappait à tous ces reproches.

Par témoins. — Qui viendront déclarer avoir vu ce jour-là le défendeur dans un autre lieu.

Quel doit être le nombre des témoins ?

Sur ce point, grande controverse. Certains jurisconsultes voulaient que le défendeur en fournit autant que pour affirmer la sincérité de l'écrit, c'est-à-dire trois. D'autres exigeaient deux témoins de plus et, dans leur opinion, l'écrit jouait le rôle de témoin et de témoin important en faveur du demandeur, d'où il en fallait cinq au moins

pour combattre le titre. D'autres enfin appliquaient la règle : *In pari causa potiolem esse debere reum et contra actorem pronuntiandum esse* (L. 125. D. L. L. T. 17); trois témoins venant établir la sincérité de l'acte, trois témoins venant la combattre, la situation est identique entre les parties et le débat doit être tranché en faveur de celui auquel on l'oppose : *Favorabiliores rei potius quam actores habentur*.

Quiconque aurait à tort refusé de reconnaître son écriture était condamné à une amende de 24 *aurei* au profit de son adversaire.

Justinien, dans la Novelle 18, ch. 18, inspiré sans doute par la fréquence scandaleuse des contestations d'écritures, prononce une condamnation au double.

Troisième hypothèse. — L'écrit émane d'un tiers. A lui seul, il ne prouve rien. C'était une application du principe : *Unius testimonio non est credendum*.

Il y avait à Rome une circonstance qui influait d'une façon considérable sur le degré de force probante d'un écrit. Cette circonstance, c'est l'énonciation de la *causa*. On sait que la *causa* est un des éléments essentiels à l'existence d'une obligation; partant c'est au créancier à l'établir. Or si la loi romaine n'exigeait pas que l'écrit constatant un lieu de droit fût causé, elle attachait tout au moins une grande utilité à ce que la *causa* fût mentionnée dans l'*instrumentum*.

L'écrit était-il causé, portait-il que l'obligation a pris naissance en vertu d'une vente, d'un louage, d'un *mu-*

tuum, etc...., la cause était tenue pour vraie, le demandeur n'avait rien à prouver, et le défendeur qui voulait contester la prétention de son adversaire devait se fonder pour triompher sur les preuves écrites les plus évidentes (*evidentissimis probationibus in scriptis habitis*), sinon on s'en tenait au contenu du billet lui-même (*tum enim stare eum oportet suæ confessioni*).

L'écrit n'était-il pas causé; l'indication de la cause était-elle rédigée en termes confus (*indiscrete*), au créancier incombait le fardeau de la preuve.

Tout cela résulte de la loi 25, p. 4. D. L. XXII, T. 3. *Sed hæc, ubi de solutione indebiti quæstio est; sin autem cautio indebiti exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur: tunc enim in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit; nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit, causas explanavit pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni; nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese hæc indebite promississe.* Quant à la question du paiement de l'indû, si l'on soutient que le billet (*cautio*), constate une dette qui n'existe pas, et si ce billet est rédigé en termes confus (*indiscrete*), c'est à celui auquel on oppose cette fin de non-recevoir (c'est-à-dire au prétendu créancier), à prouver qu'on lui doit réellement ce qui est porté sur le billet. Il n'en est plus de même si celui qui a rédigé le billet (*qui cautionem exposuit*), c'est-à-dire le prétendu débiteur, y a lui-même indiqué la cause pour laquelle il l'a souscrit; dans ce cas, en effet, on s'en tient

à son aveu, à moins qu'il ne puisse prouver de la façon la plus évidente qu'il a promis ce qu'il ne devait pas.

On voit donc combien l'énonciation de la *causa* était chose utile pour le créancier.

Reste à savoir quelles exceptions étaient portées à cette règle.

Nous en trouvons une fort remarquable dans le contrat *litteris*. On sait que les obligations qui en dérivent avaient leur cause dans les *scripturæ*, de même que les paroles étaient la cause des obligations verbales. Donc en exhibant la feuille de son *Codex* où était inscrite l'obligation du défendeur, le demandeur, d'après les principes, devait n'avoir jamais à établir la cause de sa créance puisque cette preuve résultait suffisamment de la présentation même de l'écrit.

Mais le prêteur accorda au débiteur une exception de dol que pouvait invoquer ce dernier lorsqu'il s'est obligé sans motif. Mais alors, d'après la règle *reus in excipiendo fit actor*, ce sera le débiteur qui devra prouver la non réalité de la cause. Cette doctrine respectait les principes généraux du droit : il y avait en effet une cause présumée, et celui qui la niait avait à prouver ce qu'il avançait.

Mais cette dérogation qui émanait du Préteur était le préliminaire d'une dérogation plus importante encore.

Toutes les fois que, d'après le billet, l'obligation avait pour cause un *mutuum*, le débiteur jouissait pour se défendre contre l'action du créancier d'une exception appelée

exceptio non numeratæ pecuniæ. C'était l'exception de dol, rédigée *in factum*. Le débiteur n'avait qu'à l'invoquer pour mettre le créancier dans la nécessité de prouver la numération d'espèces.

Ici, on le voit, la situation faite aux parties est absolument exceptionnelle. C'est le renversement du principe : *Reus in excipiendo fit actor*.

L'écrit étant causé, le créancier ne devrait rien avoir à prouver conformément à la vieille règle que l'écrit causé porte la preuve de sa cause en lui-même. Mais le débiteur ayant soin de faire insérer l'exception *non numeratæ pecuniæ* dans la formule, en vertu de cette innovation prétorienne, la présomption qui existait en faveur du demandeur tombait. On appliquait la maxime : *actori incumbit probatio*, et cette preuve le défendeur pouvait la détruire par toute espèce de moyens, sans être astreint aux *evidentissimis probationibus in scriptis habitis* dont nous parlions plus haut.

Exceptione opposita, seu doli, seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare pecuniam sibi esse numeratam ; quo non impleto, absolutio sequetur (L. 3. C. L. IV. T. 30).

Quelle est la raison d'être de cette exception ? Dioclétien et Maximien (L. 10. C. L. IV. T. 30) disent qu'elle a été amenée par l'impossibilité dans laquelle le défendeur se trouvait de prouver une négation. On peut répondre à cela que la négation d'un fait précis et déterminé n'est pas plus difficile à établir que son affirmation.

La justification de cette exception est toute autre. A

l'époque du droit impérial, à cette époque de dépravation et de décadence où les idées de luxe et de mollesse étaient seules à l'ordre du jour, les fortunes privées s'épuisaient rapidement. Il fallait donc se créer des ressources nouvelles. Le besoin d'argent assurait le règne de l'usure.

Et les usuriers, qui n'ont jamais été d'une délicatesse très chatouilleuse, abusant de la situation de ceux qui faisaient appel à leurs services, ne se gênaient pas pour leur faire signer des reconnaissances avant le versement des espèces ; la signature une fois donnée, ils refusaient de compter l'argent, ou contraignaient ces malheureux à ne se contenter que d'une partie de la somme mentionnée dans le billet. C'est pour remédier à cet état de choses profondément déplorable que fut créée l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

Mais, dira-t-on, le remède eût été efficace si l'exception eût été perpétuelle ? Mais l'exception ne put jamais être invoquée que pendant un certain temps ; elle fut d'abord annale, puis accordée pour cinq ans sous Marc-Aurèle ; le délai fut enfin définitivement ramené à deux années par Justinien ? Le créancier n'avait donc qu'à laisser s'écouler le délai légal pour avoir le débiteur à sa merci ? Sans doute, répondrons-nous, cet inconvénient existait, mais le Préteur y avait sagement remédié. Il avait accordé au débiteur la *querela non numeratæ pecuniæ* qui lui permettait de remettre au créancier un écrit dans lequel l'absence

du versement des deniers était constatée. Par là l'exception de temporaire devenait perpétuelle.

La remise avait lieu devant témoins. Au cas où le créancier était absent, elle s'effectuait entre les mains des représentants de l'autorité. Le délai durant lequel la querela pouvait être exercée était de deux ans.

L. 14. p. 4. C. L. IV. T. 30. *In omni vero tempore quod memoratæ exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus scripto missis quærelam non numeratæ pecuniæ manifestare ei qui numerasse eam, vel alias res dedisse instrumento scriptus est.*

Ce n'était pas du reste le seul moyen de protection pour le débiteur contre le caractère temporaire du moyen de défense que lui avait accordé le magistrat. Il pouvait encore poursuivre le créancier en restitution de l'écrit par la *condictio sine causâ*. Ici encore le délai était biennal. *Si quasi accepturi mutuam pecuniam adversario cavistis, quæ numerata non est ; per conductionem obligationem repetere : et si actor non petat, vel exceptione non numeratæ pecuniæ adversus agentem uti potestis* (id. L. 7).

Mais, passé le délai de deux ans, le débiteur était tenu envers le créancier et il l'était d'une façon irrévocable. L'écrit faisait pleine foi. Le créancier pouvait poursuivre son adversaire avec la certitude de triompher, car ce dernier ne pouvait prouver l'absence de numération d'espèces d'aucune façon, pas même en lui déférant le serment. *Illo videlicet semper observando : ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, vel ab initio, vel*

post taxatum tempus elapsum : in his nec iusjurandum offerre liceat (id. L. 14. p. 3). Donc le succès du demandeur est assuré; car, comme le dit M. Labbé, le serment serait le moyen le plus simple de terminer une contestation. Et si l'empereur a cru devoir l'interdire, à plus forte raison ne doit-on pas admettre le débiteur à produire d'autres preuves qui exigeraient des débats sérieux à cause des deux années qui se sont écoulées.

Du reste ce caractère temporaire des divers moyens organisés par le Préteur pour protéger le débiteur s'explique par la préoccupation très sérieuse qu'ont dû avoir les jurisconsultes de ménager les intérêts des créanciers de bonne foi. On eut à cœur, il est naturel de le penser, de ne pas les sacrifier aux débiteurs qui n'étaient pas en règle. Sans cela quelle confiance auraient inspirée les écrits souscrits par les particuliers? Quelle atteinte portée au crédit public?

L'exception *non numeratæ pecuniæ* ne s'appliquait tout d'abord qu'aux écrits simplement probatoires; les écrits générateurs d'obligation furent soumis à leur tour à la même règle. Et on se demande si cette extension, mettant la preuve de la numération des espèces à la charge du créancier, n'eût pas pour résultat d'enlever au contrat *litteris* sa principale utilité : créer des obligations? Si elle ne fit pas disparaître l'obligation littérale? Pour nous, il ne paraît pas douteux que l'obligation *litteris* subsistât à l'époque de Justinien.

Qu'elle ne fût plus le résultat de la *transcriptio*, nous

l'accordons volontiers. L'*expensilatio*, cela est certain, tomba en désuétude. *Postquam*, nous dit Asconius, *litteris reorum ex suis quisque tabulis damnari cœpit ad nostram memoriam, tota hæc vetus consuetudo cessavit*. Cette habitude très ancienne s'est en effet perdue, lorsqu'il a été reçu dans l'usage que les débiteurs fussent condamnés sur le vu d'écrits émanés d'eux. Mais l'obligation *litteris* survécut à ce naufrage du *nomen transcriptitium*.

La plupart du temps les capitalistes ne prêtaient leurs fonds qu'à la condition, pour les emprunteurs, de délivrer un écrit constatant leur obligation. Cet écrit, appelé *chirographum*, dont l'usage avait été emprunté aux pérégrins, était non seulement probatoire mais encore générateur d'obligations. Si l'emprunteur poursuivi n'élevait aucune prétention, pas de difficulté. Mais s'il y avait contestation, de deux choses l'une : ou bien la sincérité de l'écrit était contestée, c'était alors au juge à se prononcer; ou bien la sincérité de l'écrit était reconnue par le défendeur qui toutefois affirmait n'avoir signé que sur la promesse de numération d'espèces non effectuée, alors il faisait insérer dans la formule que lui délivrait le magistrat, une exception lui permettant d'établir cette prétention.

Cette obligation, nous l'avons déjà démontré, avait pour cause la *scriptura* du *chirographum*; les textes sont là pour l'établir (Gaius. C. III. P. 134. Inst. Justinien. T. 21. L. III).

Ces textes ne viendraient-ils pas nous autoriser à émettre cette opinion, serait-il téméraire de l'avancer ?

Est-il hasardeux de contester que l'obligation *litteris* et l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* fussent, comme on l'a dit, en hostilités ouvertes, au point que la disparition de l'une résultât nécessairement de la mise en pratique de l'autre ?

Quelques exemples nous montreront qu'il n'en fut pas ainsi.

Prenons un *mutuum*, je vous réclame la restitution d'un prêt, j'agis contre vous par la *condictio ex mutuo*. Comme la formule, qui m'est délivrée, m'y oblige, je dois prouver la numération d'espèces sans que vous ayez besoin, vous défendeur, d'avoir recours à l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* pour mettre cette preuve à ma charge, car la *numratio* est la condition *sine qua non* du contrat en vertu duquel j'agis.

Que cette convention se présente avec un caractère moins simple, que le *mutuum* par exemple soit accompagné d'une stipulation. La cause de l'obligation ne se trouve plus dans la *datio*, c'est le *spondeo* par lequel vous avez répondu à mon *spondesne* qui l'a fait naître. Supposons que tout en reconnaissant avoir prononcé les *verba*, vous prétendiez n'avoir répondu qu'en vertu d'une numération d'espèces qui n'a pas eu lieu ? Cette prétention, vous ne pourrez la faire valoir qu'en sollicitant du magistrat, qu'il insère l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* dans la formule de l'action délivrée contre vous. Car les *verba* étant la cause de l'obligation, c'est leur réalité que la formule, dans sa rédaction simple et primitive, vous au-

torise à contester, la discussion d'un autre point ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une autorisation du magistrat, demandée par vous, et dont la concession se traduit par l'insertion d'une exception.

Si maintenant au lieu de supposer un *mutuum*, accompagné de *verba*, nous supposons un prêt accompagné d'un *chirographum*, les choses se passeront de la même manière. Les *chirographa* sont ce qu'étaient tout à l'heure les *verba*; l'écriture, comme les paroles, engendre à elle seule l'obligation. La *datio* n'y est pour rien, et le débiteur ne pourra opposer son absence qu'en vertu de l'exception *non numeratæ pecuniæ*; par conséquent si l'on prétend que l'obligation *litteris* est incompatible avec l'introduction de l'exception *non numeratæ pecuniæ* il faut le prétendre aussi pour l'obligation *verbis*, puisque par rapport à l'une comme par rapport à l'autre elle produit les mêmes modifications, les mêmes résultats. Et qui voudrait soutenir qu'à l'époque de Justinien les paroles ne puissent plus obliger.

Disons donc, pour nous résumer, qu'à l'époque la plus récente du droit Romain, si le *codex* a vécu, l'obligation littérale a survécu.

Nous terminons en disant qu'il y a d'autres cas où des écrits dont la rédaction est régulière, qu'ils soient causés ou non, peuvent être contestés par ceux auxquels on les oppose; ces derniers en eussent-ils volontairement reconnu l'écriture et la cause. Nous voulons parler des actes arrachés par l'erreur, dol, ou violence. Mais il est entendu que la charge de la preuve de ces vices du consentement incomberait à la partie qui les invoquerait.

DEUXIÈME PARTIE

Des Acta Forensia

Entre les actes privés et les actes publics, il y a une classe intermédiaire d'écrits qui, s'ils étaient doués d'une force probante supérieure à celle qui est attribuée aux *instrumenta privata*, produisaient cependant des effets moins considérables que les *scripta publica*.

Nous voulons parler des *acta forensia*, qualifiés par Donneau de *media*, expression qui rend parfaitement compte de leur valeur relative.

Dans cette partie de notre travail, nous nous proposons de les étudier au triple point de vue de leur origine, de leurs formes, du degré de foi qui leur appartient.

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINE DES ACTA FORENSIA.

A Rome, seules l'agriculture et les armes étaient en honneur. Longtemps, les sciences et les arts, y compris l'écriture, furent chose vile abandonnée aux gens de servitude. De là l'habitude qu'avaient les riches patriciens d'attacher à leur personne un secrétaire, chargé de prendre des notes, de tenir les comptes de la maison, de porter des messages.

Mais c'était un luxe que tout le monde ne pouvait pas avoir. Aussi les citoyens qui voulaient contracter par écrit avaient-ils le plus souvent recours au dévouement d'un parent, d'un ami.

Avec le temps, quoique l'écriture fût fort peu répandue, les rapports juridiques n'en devenaient pas moins plus nombreux. C'est ce qui démontra l'utilité de rédiger des écrits, suffisamment prouvée d'ailleurs par la disparition de la bonne foi et le besoin d'entourer toutes les conventions de garanties sérieuses.

Tout cela devait fatalement rendre plus fréquentes les

demandes de service à un intime, à un parent. Etant donné l'esprit pratique des Romains, naturellement, ces services, d'abord gratuits, rendus aux seuls habitués de la maison, aux seuls membres de la famille, se trouvèrent mis peu à peu à la disposition du premier venu et devinrent rénumérés.

C'est ainsi que s'établit la profession d'écrivain public qui, Merlin le dit très judicieusement, naquit, comme toutes les autres, des besoins de la société et de l'esprit de gain pour ceux qui s'y livrèrent.

Les écrivains publics reçurent plusieurs dénominations. Celle de *tabularii* est la plus ancienne; l'étymologie en est simple : le mot vient de *tabulæ* ou tablettes sur lesquelles les *tabularii* écrivaient. On les appelait aussi *cursores* et *logographi* à cause de la rapidité avec laquelle ils écrivaient; on les appelait enfin *tabelliones*, et nous verrons plus loin que cette expression se rapporte à une séparation très importante que les empereurs introduisirent dans la corporation des écrivains publics. Quant au nom de *forenses* qu'on leur donnait aussi, il dérive du lieu où les *tabularii* remplissaient leurs fonctions : ils vivaient en plein air : dans les carrefours, dans les rues, sur le *forum*, ils avaient des boutiques, des échoppes, des loges où ils se trouvaient à la disposition du premier venu.

Quelle était la situation sociale des *tabularii* ? Nous avons dit que les personnages riches de Rome avaient des secrétaires, pris parmi les esclaves et les affranchis

de la maison, et naturellement le choix du *dominus* portait sur ceux d'entre eux les plus actifs et les plus intelligents. Quant aux écrivains publics, on pense que c'étaient à l'origine des *servi publici*. Cette opinion est du reste autorisée : par une constitution d'Arcadius et d'Honorius qui dit que désormais les fonctions de *tabularii* seront remplies par des hommes libres (L. 3. C. L. X. T. 69), et par un rescrit de Dioclétien et de Maximien où l'on se demande si une personne libre *quæ tabularium administrat* ne devient pas esclave par le fait même.

Mais il est permis de supposer que la condition des *tabularii* ne resta pas longtemps ce qu'elle était à l'origine. Ils finirent par occuper une situation plus élevée que par le passé et ils durent constituer une classe intermédiaire entre la liberté et l'esclavage.

Aussi les voyons-nous qualifiés par les textes de *conditionales* : ce qu'il implique qu'ils sont attachés à leurs fonctions comme les colons à leurs terres, qu'ils ne peuvent s'en décharger, et que la même obligation est imposée à leurs fils (L. 1. C. L. XI T. 69). Cujas rend parfaitement compte de cette idée quand il dit : *Sunt huic conditioni addicti et mancipati tantum ut non possint ad aliam aspirare militiam vel dignitatem.*

Les fonctions de *tabularii* devinrent tous les jours plus nombreuses et plus importantes. Car à leurs fonctions d'ordre privé vinrent bientôt se joindre des fonctions d'ordre public. Ils furent appelés à remplir certains *officia municipalia* ? notamment ils dressaient le rôle des

impôts, ils tenaient certains registres publics; ils tenaient aussi les comptes des magistrats des cités. L'empereur Justin les désigna pour écrire le testament des aveugles (L. 8. C. L. VI. T. 22), et Justinien les chargea de recevoir la *cautio* qui garantissait la restitution des biens de l'adrogé (Institu L. I. Tit. 11). Ce prince rendit aussi leur présence obligatoire à la confection de l'inventaire exigé pour l'exercice du *jus deliberandi* (L. 2. C. L. VI. T. 30) et il leur donna la mission de recevoir la remise du *libellus* interruptif de la prescription. (L. 2. C. L. VII. T. 40).

C'est en 401 que parut la fameuse constitution d'Arcadius et d'Honorius, décidant que désormais les fonctions de *tabularii* seraient remplies par des hommes libres. *Generali lege sancimus ut sive solidis provinciis, sive singulis civitatibus, necessarii fuerint tabularii: liberi homines ordinentur; neque ulli deinceps ad hoc officium patescat aditus qui sit obnoxius servituti.*

Mais cette Constitution ne semble que consacrer un état de choses préexistant, puisque la loi 15 au Code de *Decurionibus*, et la loi 21 au Code *Ad legem Corneliam de falsis*, antérieures de plus d'un siècle au texte précité, nous prouvent que les tabellions pouvaient être appelés à la curie, laquelle resta toujours fermée aux gens de servitude.

A quelles causes attribuer cette innovation des Empereurs?

D'abord à l'importance prise par les écrivains publics,

qu'amena la fréquence toujours croissante des rapports juridiques à constater par écrit. Il est évident que mettre ces fonctions entre les mains de personnes dont le ministère devait inspirer confiance aux particuliers, ce qui s'accommodait peu avec le caractère servile dont étaient revêtus les esclaves, était une nécessité qui se fit bientôt sentir.

En outre, la sphère d'action des *tabularii* n'était pas limitée aux seuls intérêts particuliers ; nous l'avons déjà dit, peu à peu un grand nombre d'*officia municipalia* leur étaient échus ; il parut utile de réagir contre cet état de choses, d'éloigner de la gestion des deniers publics des hommes privés de liberté, ce qui n'était pas le symbole de l'honneur et de la probité.

C'est ainsi que désormais les *tabularii* furent choisis parmi les *liberi homines*. Mais là ne se borna pas la réforme des empereurs : Avec cette innovation, en apparut une autre, rendue indispensable par la multiplicité des fonctions dont étaient investis les écrivains publics. Une séparation de ces fonctions fut introduite ; celles concernant les intérêts municipaux, où ces écrivains paraissent agir avec un caractère public, restèrent à des personnes qui retinrent le nom de *tabularii*. Les officiers chargés de rédiger les écrits des particuliers sous la forme d'*acta forensia* s'appelèrent désormais *tabelliones*. La charge de ces derniers devint bientôt un véritable office, et ils formèrent un collège important, dont le chef portait le titre

de *primicerius*, et qui était désigné par le choix de ses collègues.

Quant aux conditions requises pour être appelées à faire partie de la corporation, elles se réduisaient à trois : être habile dans l'art d'écrire, connaître le droit, et jouir d'une excellente réputation.

CHAPITRE II

FORME DES ACTA FORENSIA

Lorsqu'on voulait faire un *actum forense*, on se rendait chez le *tabellio*. Là les parties lui faisaient part de leurs projets de convention. Le tabellion ou son élève le mettait sur un brouillon (ou *scheda*) ; puis, après l'avoir discuté, commenté avec les parties, ils le transcrivaient au net sur une feuille appelée *charta pura*.

La Nouvelle 44, ch. 2. nous dit que la *charta pura* était une feuille en tête de la quelle figurait le *protocolum* qui contenait le nom du *comes sacrarum largitionum* (ministre des finances), l'année de la fabrication de la feuille et autres choses analogues. Cette Nouvelle s'exprime ainsi : *Illud quoque præsentì adjicimus legi, ut tabelliones non in alia charta pura scribant documento, nisi illa quæ in initio (quod protocolum vocatur) per tempora gloriosissimi comitis sacrarum nostrarum largitionum habeat appellationem et tempus quo charta facta est et quæcumque in tabulis scribentur.*

Ce texte était impératif et général, mais Justinien, comprenant sans doute l'impossibilité pour les habitants des campagnes de se procurer cette *charta pura*, et ne voulant pas entraver les transactions, en limita l'applica-

tion à Constantinople, *ubi plurima quidem contrahentium multitudo, multa quoque chartarum abundantia est* (Nov. 57 ch. 1).

L'utilité de ce *protocollum* se saisit facilement.

Que l'époque de la confection de la feuille fût postérieure à l'époque de l'écrit, indiquée dans l'acte, on pouvait découvrir l'antidate. Le *protocollum* fut donc établi pour prévenir les antيدات.

Ce serait par conséquent une erreur de croire que son admission fut amenée par les besoins auxquels est venue répondre la création de notre papier timbré. Sans doute la *charta pura* s'en rapproche beaucoup, mais elle en diffère notamment à deux points de vue principaux : d'abord son usage était limité, en outre elle n'avait rien de fiscal.

Les *acta forensia* n'étaient valables qu'aux conditions suivantes :

1. Les tabellions devaient d'abord prendre connaissance de chacun des actes, avant d'y inscrire la *completio*. A cette obligation, ils étaient astreints toujours, même en cas de maladie. Car l'esprit de la loi était qu'il y eût de leur part présence active. Le manquement à cette règle ne se traduisait pas par la nullité de l'acte qui restait valable, mais par la déchéance de l'officier, qui était remplacé par celui qu'il s'était substitué, pourvu que ce dernier en fût digne et capable.

A cette règle il y avait pourtant une exception, l'énorme quantité d'actes qui se passaient à Constantinople

avait amené l'empereur à décider qu'elle ne s'appliquait qu'aux officiers publics de cette ville. Le tabellion avait le droit de se faire remplacer par un maître clerc, qui pouvait le suppléer pour toute espèce d'acte. Mais cette délégation de pouvoirs ne s'effectuait qu'avec le consentement du *magister-census* qui avait qualité pour apprécier en pleine liberté les garanties de moralité et de capacité présentées par celui qui la sollicitait.

2. — Chaque acte devait contenir : le nom de l'empereur, l'année de son règne, le nom du consul, et la désignation de l'année de sa charge, l'indication du mois et du jour de la rédaction de l'acte.

3. — La présence des trois témoins était nécessaire, et l'acte en portait la trace, puisque le tabellion devait la mentionner dans le texte (*adjiciatur eis antequam compleantur testium ex scripto præsentia*).

4. — Comme le texte précédent le prouve, la *completio* devait suivre la mention de l'assistance des témoins. *L'actum forense* ne devenait *perfectum* que par cette *completio*.

C'était une mention constatant que l'écrit était *publice confectum*, c'est-à-dire avait été passé devant tel ou tel tabellion. Elle devait comprendre en outre l'*absolutio partium*, déclaration des parties au moment de la clôture de l'acte par laquelle elles affirmaient persévérer dans leur volonté dont l'acte était la traduction fidèle. *Et si per tabellionem instrumenta conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint* (L. 15. C. L. IV. T. 24). La

completio se composait donc d'un double élément, affirmation de l'officier public, déclaration des parties.

La *completio* devait être écrite par le tabellion lui-même ; quant à la *transcriptio in mundum* l'intervention personnelle du tabellion n'était pas réclamée. La loi Romaine prévoit en effet l'hypothèse où cette *transcriptio* a été faite par une personne autre que le tabellion. Nous trouvons dans la novelle 73 ch. 7. les passages suivants : *in his vero quæ conficiuntur publice documentis, si tabellio venerit, et testimonium perhibuerit cum jurejurando, si quidam non per se scripserit, sed per alium ministrantem sibi... quod si tabellio defunctus est, et testimonium perhibeatur suppletioni ex alia collatione : si quidem etiam sic habeat eum, qui conscripsit instrumentum, viventem et adnumeratorem : adveniant et illi, si quidem præsentés sunt, et habeat ex collatione adimpletionum et ex testibus causa fidei.*

L'*ab ipso completa* de la loi 17 au Code indique bien que la *completio* devait émaner du tabellion lui-même. C'est par là en effet que l'acte reçoit son caractère d'*instrumentum publice confectum*. Car nous ne voyons nulle part parler de la signature du tabellion.

Quant à la signature des parties, elle n'était pas exigée. Cela n'a rien de surprenant, étant donné que la principale attribution des tabellions était *pro imperitiis litterarum scribere aut subscribere*. La signature des parties était permise, mais n'avait rien d'obligatoire.

Celle des témoins non plus n'était pas réclamée.

Mais il est certain que témoins, parties, tabellions, devaient apposer leur sceau sur l'acte.

Au surplus les sentences de Paul nous font connaître une précaution matérielle exigée par un sénatus-consulte pour conserver la sincérité des actes. *Amplissimus ordo eas tabulas quæ privati vel publici contractus scripturam continent, adhibitis testibus ita signari, ut in summa marginis ad mediam partem perforatæ triplici lino constringantur ut exteriores scripturæ fidem interiori servant. Aliter prolatæ tabulæ nihil momenti habent.* (Sent. V. XXV. P. C.).

CHAPITRE III

FORCE PROBANTE DES ACTA FORENSIA

L'effet des *acta forensia* était de faire preuve complète sauf la preuve contraire. Il y avait donc une grande différence entre l'*actum forense* et l'*instrumentum privatum* : ce dernier ne faisait foi qu'autant qu'il était reconnu par celui auquel on l'opposait, sauf bien entendu la vérification d'écriture ; et tant que la signature de l'adversaire n'avait pas été judiciairement reconnue, les effets de l'acte étaient provisoirement suspendus. L'*instrumentum forense* au contraire conservait son autorité, malgré les dénégations de l'adversaire ; tant qu'on n'avait pas apporté la preuve de la fausseté de l'acte, les effets de l'acte n'étaient pas provisoirement suspendus.

D'où venait cette supériorité de force ? De ce que celui qui écrivait les *scripturæ forenses* était un témoin jouissant d'un peu plus de crédit que les autres. Nous nous trouvons ici simplement en présence de l'application de la preuve testimoniale à la rédaction d'un acte.

Les actes des tabellions ne faisaient pas foi par eux-mêmes. Lorsqu'une personne exhibait en justice un *actum forense*, pour lui faire produire ses pleins effets, elle devait corroborer l'acte par le témoignage du tabellion ou des témoins.

L'acte faisait pleine foi si le tabellion jurait que la *completio* était bien écrite de sa main.

Si le tabellion était mort, les témoins venaient, sous serment, affirmer la sincérité de l'acte ; ce n'est qu'à leur défaut qu'on recourait à la vérification d'écritures.

Si le tabellion en instrumentant avait été assisté d'un scribe, d'un *adnumerator*, ces personnes devaient être appelées pour confirmer le témoignage du tabellion. L'une de ces personnes empêchées, le témoignage du tabellion, sous serment, suffisait ; le tabellion empêché au contraire, le témoignage de l'une de ces personnes maintenait à l'acte sa force probante.

A défaut du tabellion et du scribe et *adnumerator*, les témoins étaient appelés. L'absence ou le décès de ces derniers donnait lieu à la vérification d'écritures. Cette procédure, on le voit, n'était admise qu'à défaut de toute autre ressource.

Il y a une hypothèse spéciale à examiner. C'est celle où l'un des témoins venait affirmer n'avoir pas été présent à l'écrit ; la force probante allait-elle se trouver altérée par cette déclaration ? Le nombre de témoins fixé par la loi pour que l'acte fût valable était de trois ; si la déclaration de ce témoin n'entamait pas ce chiffre, de telle sorte que, son absence fût-elle exacte, le nombre des témoins présents ne fût pas inférieur à trois, l'acte conservait sa force. Si au contraire l'effet de cette déclaration avait pour effet de réduire à deux ou à un le nombre de té-

moins ayant assisté à la rédaction de l'acte, la foi due à l'écrit cessait.

Les Romains donnaient de cette solution la justification suivante : chacun des témoins, en venant déclarer qu'il a été absent à la rédaction de l'acte, porte témoignage sur un fait qui lui est personnel, fait qui n'est soutenu que par un seul témoignage dont on ne doit pas tenir compte en vertu de l'adage *testis unus, testis nullus*. Partant la solution serait la même, le nombre des témoins venant faire une déclaration analogue, fût-il très nombreux, car il s'agirait toujours de faits particuliers basés sur un seul témoignage, ne portant aucune atteinte à la force de l'écrit, qui a pour fondement la présence de trois témoins.

Que faudrait-il donc pour que cette atteinte existât ? que ces déclarations portassent sur un même fait, qu'elles tendissent à un même but.

On peut dire aussi pour expliquer la solution que nous examinons : la loi exige le nombre de trois témoins pour que l'*actum forense* produise ses pleins effets ; les autres sont surabondants. Partant on ne doit ajouter aucune foi au dire de ceux qui se seront présentés en sus de ce nombre.

Il résulte de tout ce que nous venons de dire que la vérification d'écritures n'aura pas lieu tant que, parmi les témoins signataires de l'acte, il s'en trouvera trois reconnaissant leur signature.

Celui auquel un *actum forense* était opposé avait donc

deux moyens pour faire tomber la force probante de ce dernier, la preuve testimoniale et la vérification d'écritures.

Des textes lui donnent aussi l'action en faux qu'il pouvait intenter au criminel. *Cum reus ita conventus, non cautum ab alio juste, sed etiam ab eo, qui civiliter egit, solenniter accusari possit..... præbemus licentiam, ut sive civiliter, sive criminaliter (ut actor elegerit) super prolatiis codicillis, vel aliis instrumentis requiratur.* (L. 16 § 24. C. L. IX. T. 22).

En résumé la force probante de l'*actum forense* tire sa force des témoignages oraux, c'est une preuve testimoniale spéciale, car la réserve de la preuve contraire est entière et admet tous les moyens.

Il y a de grandes différences entre l'*actum forense* et l'*instrumentum privatum* :

1. — L'écrit privé ne fait foi qu'autant que celui auquel on l'oppose l'a reconnu volontairement ou judiciairement. Malgré les dénégations du prévenu, les *sripturæ forenses* font foi tant que la fausseté n'en a pas été démontrée. Bien plus, malgré l'action de faux qui pouvait être librement intentée, l'acte était provisoirement exécuté.

2. — Les écrits privés, qu'ils fussent rédigés par les parties ou par les tiers, devaient être signés par les parties. Il n'en est pas de même pour les *acta forensia*.

3. — Le porteur d'un titre *publice confectum* passe pour le gage ou l'hypothèque avant le créancier muni d'un acte privé, alors même que ce dernier serait antérieur en date.

4. — Le S. C. Velléien interdisait à la femme d'intercéder pour autrui. Si elle a intercédé, au mépris de cette disposition en déclarant avoir reçu quelque chose et que cette déclaration fût constatée dans un *instrumentum forense*, elle sera valablement obligée.

TROISIÈME PARTIE

Actes publics

Dans cette troisième partie de notre travail, nous allons traiter des actes rédigés par l'autorité, et des actes déposés dans les archives publiques.



CHAPITRE PREMIER

DES ACTES RÉDIGÉS PAR L'AUTORITÉ PUBLIQUE

Les plus anciens sont les registres du cens dont la création remonte à Servius Tullius. C'était un état des fortunes dont l'utilité se présentait à deux points de vue : en servant de base à la classification électorale, et en même temps à l'assiette de l'impôt. Ce registre n'avait pas seulement un caractère pécuniaire, car les Romains y déclaraient aussi bien leur nom, leur âge, leur domicile, ceux de leurs femmes et de leurs enfants, que leurs biens fonciers et leurs propriétés mobilières.

C'était, en matière d'état civil, les meilleurs éléments de preuve. Ils avaient en effet une autorité probante considérable, puisqu'ils ne pouvaient pas être combattus par la preuve testimoniale. Marcellus nous dit : *Census et monumenta potiora esse testibus senatus cenuit.*

Cette opinion n'est cependant pas adoptée par tout le monde, un grand nombre d'auteurs ne veulent voir dans les registres du cens qu'un commencement de preuve pour la possession d'état. Et ces auteurs se basent principalement sur le texte suivant de Cicéron : *Census non jus civitatis confirmat, ac tantummodo indicat eum qui sit*

census ita se jam tum gessisse pro cive (*pro archia poeta* ch. 5). En dehors de ce texte, ils font valoir : que le recensement avait lieu à des époques très irrégulières puisque de l'an de Rome 189 à l'an 703, il n'y eut que soixante et onze dénombrements ; que le dénombrement était fort mal fait, et qu'on y omettait le plus souvent les absents.

Dans tous les cas il est certain que les registres du cens n'avaient pas pour but la preuve des questions d'état. Cette idée ne se présenta pas à l'esprit de ceux qui les instituèrent. La question envisagée était purement électorale et politique.

Marc-Aurèle est le premier qui ait eu la pensée d'organiser régulièrement les actes de l'état civil. Il décida que chaque citoyen était tenu de déclarer la naissance de ses enfants, et de leur donner un nom dans l'espace de trente jours. La déclaration devait être faite à Rome devant des *tabularii* institués à cet effet.

Et dans la vie de cet empereur, écrite par Julius Capitolinus (ch. X), le but que visait l'Empereur est nettement indiqué : *ut si quando de statu quæstio esset, inde probationes peterentur quis a quo editus esset.*

Cette innovation fut-elle bien longtemps observée ? Nous ne le croyons pas, bien qu'on puisse objecter la loi 2 au code L. IV. T. 20 : *si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumentis quibus potes : soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt.* On peut en effet se demander si ces *instrumenta*

ne sont pas les *professiones* dont on parle souvent au Digeste et au Code.

Qu'étaient ces *professiones*? Elles consistaient très probablement dans des actes privés émanant des parents, et servant à constater l'âge, la filiation et la légitimité.

L'institution de ces *professiones* est facile à comprendre, si on se rappelle quelle vanité, tiraient les familles patri-ciennes de leur *gens*, des héros qui lui appartenaient, des faits illustres dont un de leurs ancêtres était l'auteur. Tout ce qui se rattachait à la *gens*, tout ce qui était capable d'en établir l'origine, d'en démontrer le caractère fameux, était inscrit sur un écrit privé, appelé *professio parentum* sur lequel on mentionnait également tous les faits qui venaient modifier l'état de leur famille. Le caractère quasi-religieux, attaché par les mœurs à tout ce qui se rattachait à la *gens*, leur donnait une grande autorité, et c'était probablement ces tablettes qui servaient à établir les naissances, les mariages, et les décès.

Pour les mariages, il y a eu du reste, à une époque du droit romain, quelque chose de très particulier. Les lois Caducaires, on le sait, attachaient de grands avantages à la paternité légitime; il fallait donc constater cette paternité. Pour cela le mariage était inscrit *apud acta*, c'est à dire dans les dépôts publics. Ces *acta* naturellement étaient destinés à établir la célébration des *justæ nuptiæ*.

Quant à la preuve des décès, nous ne trouvons dans les textes rien de spécial.

En dehors des actes de l'état civil comme actes publics nous devons signaler tous les actes rédigés par les autorités publiques, et parmi eux les procès-verbaux destinés à constater l'accomplissement des actes judiciaires, tels que les jugements. Ces procès-verbeaux devaient être rédigés au plus tard le cinquième jour, ils étaient conservés dans les archives du tribunal où les intéressés pouvaient s'en faire délivrer des copies moyennant salaire par les *exceptores*, soit en prendre simplement communication.

CHAPITRE II

DES ACTES DÉPOSÉS DANS LES ARCHIVES

C'était un usage très fréquent chez les peuples de l'antiquité que de déposer dans un endroit les actes intéressant leurs droits ou leur histoire, les traditions, les témoignages des événements mémorables. Ces dépôts s'effectuaient, la plupart du temps, dans les édifices religieux.

En Grèce, c'étaient les temples les plus célèbres, celui de Delos, et celui de Minerve. A Rome, c'était le Capitole, le temple de Vesta ou d'Apollon.

La coutume ne s'appliqua d'abord qu'aux *acta privata* ; plus tard elle prit des proportions plus considérables, puisqu'elle s'étendit aux *instrumenta privata*. Comment du reste pouvait-il en être autrement, étant donnés les effets attachés à ce dépôt : la conservation des actes, l'authenticité et les avantages qui en découlent.

C'est sous l'Empire surtout que cette habitude atteint un grand développement. A partir de cette époque, les temples de Vesta et d'Apollon, le Capitole, furent consacrés exclusivement aux actes les plus importants de l'histoire du peuple romain.

Les autres archives furent établies dans des édifices

religieux spécialement désignés. Ceux qui y étaient employés, qui avaient pour mission de les classer, de les tenir en ordre, cumulaient le plus souvent le titre d'archiviste et les fonctions sacerdotales.

Que savons-nous sur les institutions de ces archives ? Nous avons sur ce point très peu de renseignements. Les personnes qui en avaient la charge avaient la quadruple mission de les garder, de les classer, de les communiquer, d'en donner copie moyennant salaire. Comme nous l'avons déjà dit, ils habitaient le lieu du dépôt, ce à quoi ils étaient déjà le plus souvent astreints par le service du culte auquel ils étaient attachés. Nous savons enfin qu'ils étaient répartis dans quatre bureaux, et qu'ils se divisaient en *juris studiosi*, *advocati*, *tabelliones* et *pragmatici*.

Le palais de l'empereur avait des archives spéciales qui se divisaient en quatre bureaux ou greffes, savoir : les mémoriaux, les épîtres, les libelles ou requêtes, les dispositions ou diplômes.

Ce qui prouve combien était usitée la coutume de tenir des archives, c'est ce passage d'Ulpien : *Solent et sic, ne eo loco sedeant quo in publico instrumenta deponuntur, in archio forte, aut grammatophylacio* (L. 9. p. 6. D. L. XLVIII. T. 19). Il parle des archives comme d'une chose ordinaire et usuelle.

La plupart des villes de l'empire avaient adopté l'institution. Ce fut Justinien qui uniformisa cet usage en ordonnant de l'établir dans toutes les villes où il n'exis-

taut pas. *Præcipiat vero tua eminentia per unamquamque provinciam, ut in civitatibus habitatio quædam publica distribuat, cui qua conveniens est defensores monumenta recondere, eligendo quemdam in provincia qui horum habeat custodiam; quatenus incorrupta maneat hæc, et velociter inveniantur a requirentibus, et sic apud eos archivum et quod hactenus, prætermissum est in civitatibus emendetur* (Novelle XV. ch. 5. p. 2).

FORMES QUI ACCOMPAGNAIENT LE DÉPÔT DES ACTES AUX ARCHIVES. — Nous avons dit que le dépôt d'un écrit aux archives. que ce fussent celles du peuple ou celle des empereurs, imprimait à l'écrit le caractère de l'authenticité. Nous ajoutons qu'il n'y avait pas de distinction à faire entre l'acte privé et l'acte qui a déjà le commencement d'authenticité que donne le ministère des tabellions.

Comment s'effectuait le dépôt? En présence de trois principales ou curiales, non compris le magistrat et l'*exceptor* qui inscrit l'acte, lui donne un numéro d'ordre et dresse procès-verbal du dépôt. L'acte était déposé par la partie elle-même, avec cette déclaration que l'acte contenait bien l'expression de sa volonté et qu'elle en demandait l'enregistrement.

Le magistrat investi de la mission de recevoir le dépôt était : à Rome, le *magister census* ; dans les provinces, le *defensor civitatis*.

Point n'était besoin des témoins ayant prêté leur assistance à la rédaction de l'acte, ou même du tabellion qui aurait procédé lui-même à cette rédaction. C'est du moins

ce que nous dit la loi 31 au Code. De Donationibus : *in donatibus quæ actis insinuantur non esse necessarium judicamus vicinos, vel alios testes adhibere, nam superfluum est privatum testium, quum publica monumenta sufficiunt.*

C'était, non la copie, mais l'original lui-même qui constituait l'objet du dépôt.

On s'est demandé à ce propos, si les parties ne devaient pas retirer un reçu. La réponse à cette question ne se trouve pas dans les textes. Mais il est impossible qu'il en fût autrement, car comment admettre que l'on n'assurât pas aux déposants un moyen de prouver le dépôt.

Cette formalité de l'enregistrement du dépôt portait le nom d'insinuation.

Il est bon de mettre en relief les caractères qui la distinguent de l'insinuation telle qu'elle existait dans notre ancien droit français.

L'insinuation romaine était facultative pour tous les actes, mais n'était exigée que pour les donations ; c'était l'original lui-même qui était insinué. Elle était faite par les parties en personne. Ce sont là autant de traits qui la distinguent de l'ancienne insinuation et de la transcription telle qu'elle est organisée par nos codes.

L'insinuation, avons-nous dit, était obligatoire pour les donations. Ce fut à partir de l'Empereur Constance Chlore que ces contrats, lorsque leur objet était supérieur à cinq cents solides, furent assujettis à cette formalité ; le taux plus tard abaissé à deux cents fut rétabli à cinq cents par Justinien.

Quelle était la raison de cette formalité ? Assurer aux actes qui en étaient l'objet une durée, une incommutabilité très certaine. C'était les soustraire aux accidents nombreux qui peuvent les atteindre dans les maisons des particuliers, c'était les mettre à l'abri de certaines fraudes venant de ceux qui les auraient eus longtemps en leur possession.

FORCE PROBANTE. — Les actes ainsi insinués ont la même force probante que les actes authentiques. Cette authenticité a son fondement dans la confiance inspirée par le préposé des archives qui est justifiée par les garanties de capacité et de moralité qu'il présente et qui l'ont désigné au choix du peuple ou du souverain.

Ils ont été reconnus sincères et véritables au moment du dépôt par les parties, même par celle la plus intéressée à les nier, car nous croyons l'accord des parties indispensable pour arriver à l'insinuation.

Les textes constatent cette authenticité : *Gesta quæ sunt translata in monumenta publica habere volumus perpetuam firmitatem* (Loi C. C. *De re judicato*). *Quod ex publicis archivis profertur publicum habet testimonium* (N. 49, 62. p. 2).

Les actes publics faisaient donc en justice preuve absolue.

VALEUR COMPARÉE DE LA PREUVE TESTIMONIALE ET DE LA
PREUVE LITTÉRALE.

Il y a en droit Romain un principe absolument certain. C'est que le juge peut déterminer son esprit par toute espèce de preuves, sans distinction entre la preuve écrite et la preuve testimoniale. Son pouvoir d'appréciation est souverain. C'est ce qui résulte de la loi 3 au Digeste. P. 2. L. XXII. T. 5. : *Quæ argumenta ad quem modum probandæ cuique rei sufficiunt, nullo certo modo satis definiri potest ; sicut non semper, ita sæpe sine publicis monumentis cujusque rei veritas deprehenditur : alias numerus testium, alias dignitas et auctoritas, alias veluti, consentiens fama, confirmat rei, de qua quæritur fidem. Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim allegari debere ; sed ex sententia animi tui te æstimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.*

L'égalité entre la preuve écrite et la preuve testimoniale est donc constante. *A priori* nulle prépondérance n'est donnée à l'une d'elles à l'exception des cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire. *In exercentibus litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium* C. L. 15. L. IV. T. 21.

En dehors de ce point de vue tout-à-fait exceptionnel, si nous supposons que l'un des deux adversaires, dans

un procès, établisse sa prétention par témoins, que l'autre présente sa défense à l'aide d'écrits, nous sommes amenés pourtant à nous demander lequel des deux l'emportera ? La solution de cette question a donné lieu à une controverse qui n'est pas encore tranchée.

Premier système. — Un premier système, qui est soutenu par Cujas, proclame l'égalité des deux preuves. De cette égalité, il déduit que le juge ne devraps fonder son opinion sur ce qu'un tel a prouvé *litteris*, que tel autre a prouvé *testibus*. Le juge ne pourra donc baser sa sentence que sur une circonstance accessoire de la cause. S'il y a opposition entre les témoins et les écrits, celui qui est appelé à se prononcer donnera sa préférence aux uns ou aux autres, selon que les témoins paraîtront plus irréprochables que les écrits, selon que les écrits mériteront plus de confiance que les témoins.

Ainsi se trouve expliquée, la différence des solutions données à la question par les textes, elles varient à l'infini en raison des circonstances multiples qui les motivent.

Deuxième système. — L'école Alleman le soutient au contraire que l'une des deux preuves doit l'emporter sur l'autre ; et d'après elle c'est à la preuve testimoniale que doit rester l'avantage.

A l'appui de cette doctrine, trois arguments principaux :

Le premier est tiré d'un recrit d'Adrien (L. 3, p. 3. D. *De Testibus*) *Divus Adrianus rescripsit testibus se non testi-*

moniis crediturum. Evidemment, prise isolément, cette phrase constitue une arme redoutable contre la preuve littérale; mais que l'on se donne la peine de poursuivre la lecture du texte, et il apparaît manifestement qu'elle n'a aucun rapport avec le point de droit qui nous occupe. Elle signifie simplement que les juges, dans les questions criminelles, devront procéder à l'audition des témoins, et non se contenter de leur déposition écrites.

C'est du reste absolument certain, si on se reporte à l'explication donnée de notre texte par Callistrate : *Verba epistolæ ad hanc partem pertinentia hæc sunt : quod crimina objecerit apud me Alexander Apro ; et quia non probabat nec testes producebat, sed testimoniis uti volebat quibus apud me locus non est : nam ipsos interrogare soleo.*

Un second argument est emprunté à la Nouvelle 73, Ch. 3 : *Tunc nos quidem existimavimus ea quæ viva dicuntur voce et cum jurejurando, hæc, digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere.* Là encore, prise d'une façon isolée, la phrase a un sens qui ne lui appartient plus si on la rapproche du texte dont elle est extraite. Justinien ne se propose pas de trancher le conflit qui nous occupe ; il traite de la vérification d'écritures, et il déclare que dans cette procédure les témoignages oraux de personnes ayant préalablement prêté serment sont beaucoup plus dignes de foi que la comparaison des écritures.

Enfin les partisans du système que nous exposons invoquent en leur faveur un passage de Cicéron (*Oratio pro Archia patâ* ch. IV). *Est ridiculum... quum habeas am-*

plissimi viri religionem, integerrimi municipii jusjuradum fidemque, ea, quæ nullo modo depravari possunt, repudiare, tabulas quas idem dicis solere corrumpi, desiderare. Remarquons encore une fois que ce texte n'entend pas viser le débat qui existe sur la valeur comparée de la preuve testimoniale et de la preuve littérale.

Cicéron veut parler d'écrits spéciaux, des registres du cens de la ville d'Hérachlée, qui ont péri dans les flammes lors de la guerre d'Italie ; ces tablettes ayant disparu, il veut suppléer à l'absence de toute preuve écrite par la preuve testimoniale.

Et du reste de ce texte, ne peut-on pas tirer un argument à l'encontre de la théorie professée par l'Ecole Allemande ? Voilà Cicéron qui s'excuse de ne pas pouvoir présenter les registres du cens, dont l'absence est due à un cas fortuit, pour se faire reconnaître le droit d'invoquer des témoignages oraux ? n'est-ce pas dire que cette preuve par témoins n'avait pas cette omnipotence qu'on veut lui donner ici.

Troisième système. — La preuve littérale l'emporte toujours sur la preuve testimoniale.

C'est ce qui résulte de la loi I au code. *De testibus. Contra scriptum testimonium, non scriptum testimonium non fertur.*

Mais les conséquences qu'on veut tirer de ce texte sont singulièrement infirmées, si l'on remarque qu'il est tiré des basiliques, et que c'est Cujas qui l'a traduit du

Grec pour le restituer au Code. Dans ces conditions, il nous semble difficile de lui reconnaître une valeur, une authenticité suffisantes pour lui faire trancher un point de droit aussi important que celui que nous discutons.

Surtout si l'on observe qu'il a donné lieu à des interprétations différentes, et que les commentateurs n'ont pas pu arriver à se mettre d'accord sur sa signification. Si les uns le traduisent ainsi « la preuve testimoniale n'est pas admise contre la preuve écrite »; d'autres; et ils sont nombreux, l'entendent en ce sens « que la déposition verbale n'est pas admise contre la déposition écrite, c'est-à-dire qu'une personne ne saurait-êtré admise à démentir de vive voix ses déclarations écrites par elle ou sous sa dictée ». Ce serait alors l'application pure et simple de ce principe *Testes qui adversus fidem suam testationis vacillant audiendi non sunt* (L. 2. D. De testibus).

Il est juste de reconnaître que, bien qu'il soit trop absolu, ces systèmes ont chacun leur part de vérité.

Mais, si nous avions à exprimer nos préférences nous les accorderions au système historique préconisé par M. Derôme.

Selon lui, toutes les contradictions, que nous rencontrons dans les textes, proviennent de ce fait qu'à l'origine l'écriture étant inconnue et même n'ayant été tout d'abord que très peu en honneur chez les Romains, la preuve testimoniale règne en maîtresse absolue. Mais peu à peu pour les raisons que nous avons indiquées plus haut l'écriture commence à se répandre. Dès lors la preuve

littérale se trouve en concurrence avec la preuve testimoniale.

Bien que les textes ne le disent pas, il n'est pas téméraire d'affirmer que durait la première période de la lutte l'avantage reste à celle des deux preuves qui avait pour elle la supériorité de l'habitude et le prestige de la tradition. Mais peu à peu l'égalité se fait ainsi que le constate Constantin, dans la loi 15 au code lorsqu'il dit : *in exercendis litibus eamdem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*.

Bientôt les rapports juridiques devenant plus fréquents, les relations entre personnes habitant des pays différents devenant plus faciles, l'écriture donnant à la preuve qui en résultait un caractère de certitude et de durée qu'étaient loin de présenter les témoins, la supériorité de l'écriture est reconnue.

Le premier texte qui confirme ce que nous venons d'avancer est une décision du sénat, rapportée par Marcellus, constatant justement l'infériorité des témoignages oraux par rapport aux preuves écrites ; il s'agit d'écrits publics, *census et monumenta publica potiora esse testibus senatus censuit* (L. 10 D. *De probationibus*).

Moins d'un siècle après Marcellus, Paul généralisant le principe posé par la loi 10, nous dit : *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt* (Paul. Sent. L. V. 15. P 4).

Nous avons en outre la loi 25 (D. *De probationibus*) de Paul que nous avons étudiée plus haut (force probante

des actes sous seing-privé, des actes causés ou non causés). Ce texte refuse à celui qui s'est reconnu débiteur par un écrit constatant la cause de la dette le droit de faire la preuve par témoins. Il est vrai de dire que ce texte a été l'objet d'attaques très vives. « Le style de ce texte, dit M. Bonnier, indique évidemment une interpolation. Ces expressions *cautio indebite exposita*, *indiscrete loquitur*, *indebite promissa*, etc.... appartiennent au langage du Bas-Empire. La distinction à laquelle on prétend que Paul fait allusion, entre le cas où la cause est exprimée et celui où le billet *indiscrete loquitur* est présentée par Justin, ainsi que nous venons de le voir, comme une innovation. Enfin la restriction qui exige des preuves écrites, *evidentissimis probationibus in scriptis habitis*, est tout à fait étrangère à l'époque des jurisconsultes classiques, et a été évidemment insérée après coup dans le texte. » On répond à toutes ces critiques en disant : que le texte en question soit de beaucoup postérieur à Paul, que ce soit une interpolation, d'accord. Il en résulte peut-être que le moment de la prédominance de la preuve littérale doit être reculé, mais il atteste indubitablement que l'époque vint où les écrits l'emportèrent sur les témoins en autorité.

En 223, on rescrit d'Alexandre Sévère exige, pour trancher une question d'état, pour établir l'ingénuité d'une personne, la preuve littérale. *Si tibi controversia ingenuitatis fiat, defende causam tuam instrumentis et argumen-*

tis quibus potes ; soli enim testes ad ingenuitatis probationem non sufficiunt (L. 2. C. De testibus).

Une constitution de Justin, la loi 13 au Code *De non numerata pecuniæ*, refuse d'une façon formelle l'admission de la preuve testimoniale contre l'autorité de la *cautio*. *Generaliter sancinus ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque causis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam promissor specialiter edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulatorem exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat ; nisi certe a contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit.*

Justinien, il est vrai, semble s'écarter de notre opinion dans la loi 14 au code. *De conti et com stipulatione* ; car il autorise l'usage de la preuve par témoins contre la preuve écrite, mais on peut faire deux observations qui atténueront d'une façon considérable la portée de ce texte. La première c'est que Justinien y suppose une *cautio* rédigée pour constater une stipulation, par conséquent un contrat dont la formation exige absolument la présence des parties. Cette présence est mentionnée dans l'acte, il y a doute néanmoins : pourra-t-on attaquer cette mention par la preuve testimoniale ? Oui, répond Justinien, on pourra établir par des témoignages oraux que le jour où la convention est censée intervenue, l'une des parties était absente.

Et cette décision fait le plus grand honneur à l'Empereur, car des raisons d'ordre public exigeaient que si la présence des parties, nécessaire à la formation de l'acte, avait été frauduleusement établie, la fraude pût-être attaquée et leur absence démontrée. La deuxième observation que nous ayons à présenter, c'est que Justinien tout en autorisant l'intervention des témoins, entoure cette intervention de grandes précautions. Il ne permet en effet au juge d'appeler à déposer que des *testes undique idoneos et omni exceptione majores*. Ce caractère exceptionnel et de la cause qu'il s'agit d'examiner, et des garanties qu'il exige chez les personnes qui seront appelées à témoigner, démontrent d'une façon manifeste qu'il ne s'agit ici que d'une dérogation au droit commun.

Ce qui prouve du reste que telle était la pensée de Justinien, c'est que, dans la loi 18 au code de *Testibus*, l'Empereur limite encore la sphère d'actions de la preuve testimoniale, en enlevant au débiteur le droit d'établir par témoins le paiement partiel ou total d'une obligation constatée par écrit, à moins que *quinque idonei testes, et summæ atque integræ opinionis, præsto fuerint solutioni celebratæ, hiq̃ue cum sacramenti religione deposuerint sub præsentia sua debitum esse solutum*.

L'exception *non numeralæ pecuniæ*, dira-t-on, est cependant une dérogation à cette omnipotence de la preuve littérale, puisqu'elle permet d'attaquer l'autorité de l'écrit. Nous répondrons que ce n'est pas exact, cette exception qui a été admise, pour des raisons spéciales que nous

avons déjà indiquées, n'a pas pour effet d'amener des témoins à attaquer le contenu de l'écrit.

En résumé, sous Justinien, l'état de la question est le suivant. S'agit-il d'attaquer la sincérité de l'écrit, les deux modes de preuve sont admissibles ; s'agit-il de soutenir simplement que la teneur de l'acte n'est pas conforme aux véritables conventions passées entre les parties, la preuve *testimonial*e sera écartée ou ne sera admise qu'accèssoirement à la preuve littérale.

Testes, nous dit Paul, *cum fide de tabularum nihil dicitur, adversus scripturas interrogari non possunt.*

Disons en terminant que la preuve littérale n'est jamais proscrite, qu'elle est le plus souvent supérieure à la preuve testimoniale, qu'elle ne lui est jamais inférieure. Mais il est des cas où leur poids est le même dans la balance du juge.

DROIT FRANÇAIS

DE LA FORCE PROBANTE DES PROCÈS-VERBAUX EN MATIÈRE CRIMINELLE

INTRODUCTION

Pour certaines infractions qui ne sont pas isolées, qui, par leur fréquence, portent atteinte à l'ordre public, à la richesse de l'Etat, le besoin s'est fait sentir d'instituer des fonctionnaires, à l'effet de les constater. Ces constatations une fois rédigées, prennent le nom de procès-verbaux.

Ces procès-verbaux sont donc les témoignages des agents chargés de les dresser. Ces témoignages sont transmis aux juges qui y trouvent les éléments nécessaires et quelquefois uniques de leurs décisions.

Pour trouver les premières traces de cette institution, il faut remonter à Philippe-le-Bel. Ce prince, dans son ordonnance du 2 juin 1319, sur l'administration des

forêts royales, prescrit « que chascun sergent sera creu par son serment des forès des prises que il sera, où il ne charra que amende pécuniaire. » Lorsqu'ils avaient été les témoins d'une contravention, les sergents faisaient donc une simple déposition verbale devant le seigneur justicier, après avoir prêté serment. Deux siècles plus tard le témoignage écrit est substitué à la déclaration purement orale. Cette innovation importante remonte à Charles V, qui, dans un édit de 1576, ordonne que « les maistres des forêts fassent escrire et registrer l'état d'icelles forêts; que chaque gruyer, verdier, garde ou maistre-sergent rapporte par écrit les malvais qui y seront fais. »

Mais l'étude de l'ancien droit nous apprend que les infractions aux réglemens forestiers n'ont pas seules attiré l'attention du législateur. Ce dernier s'est occupé aussi d'un grand nombre d'autres contraventions, notamment en matière d'aides, dont la constatation par écrit rentrait dans les attributions de certains officiers royaux. De l'examen de toutes ces mesures législatives, il ressort que leurs auteurs se sont toujours préoccupés d'imposer aux procès-verbaux des formes particulières, étroites, garanties des déclarations qu'ils contenaient, d'imprimer aux faits rapportés dans ces écrits un caractère de vérité qui entraînait d'une façon plus ou moins nécessaire la conviction des juges.

L'origine du mot procès-verbal vient donc, on le voit, de ce que, dans le principe, les agents le plus habituelle-

ment chargés de dénoncer des faits délictueux en justice, les sergents étant illettrés, donnaient une déclaration purement orale. Après que prescription leur eût été faite de savoir lire et écrire, l'expression de procès-verbal, bien que ne s'appliquant plus qu'à un rapport écrit, s'est maintenue dans la pratique.

Si la dénomination de procès-verbal est un legs de la tradition, c'est à cette dernière également que nous devons le maintien dans nos lois modernes d'un système qui consiste à placer les appréciations écrites de certains agents au-dessus de celles des tribunaux. Autrefois au grand criminel la procédure par écrit était seule admise, la religion des juges n'avait d'autre élément pour s'éclairer que les procès-verbaux. Au petit criminel, le logique réclamait qu'il en fût de même. Mais aujourd'hui le droit commun est devenu l'exception ; le débat écrit a fait place au débat oral, il ne s'est maintenu que pour certains points spéciaux où les procès-verbaux sont, comme nous l'avons déjà dit, la base nécessaire et quelquefois unique des jugements.

Nous nous proposons dans ce travail d'étudier la force probante des procès-verbaux en matière criminelle. Nous le diviserons en cinq chapitres. Le premier sera consacré à l'examen de questions générales ; dans le second, nous chercherons à déterminer les faits dont ces écrits font preuve ; les procès-verbaux jusqu'à inscription de faux, les procès-verbaux jusqu'à preuve contraire, les procès-

verbaux ayant la valeur de simples renseignements, feront séparément l'objet des trois derniers chapitres.

Mais nous devons tout d'abord présenter deux observations générales.

La première, c'est que nous n'entendons nous occuper que des procès-verbaux dénonçant des délits spéciaux, ceux dont la constatation, la preuve, la sanction, ont été de la part du législateur l'objet de mesures particulières. C'est dire que nous laissons en dehors du cadre de notre étude les délits de droit commun, ceux prévus par le Code pénal, pour lesquels l'accusé peut faire tomber les actes les plus réguliers dressés dans l'instruction préparatoire, et cela sans avoir recours à l'inscription de faux ou à la preuve contraire. La conviction des juges doit se former d'après la procédure orale. L'instruction écrite qui précède le débat a bien pour objet de le préparer ; mais ce sont les dépositions des témoins, l'interrogatoire de l'accusé, le réquisitoire du ministère public, les plaidoiries des avocats qui seuls doivent déterminer une sentence d'acquiescement ou un jugement de condamnation.

La seconde observation que nous avons à faire est que la législation, sur le point qui nous occupe, n'est pas coordonnée d'une manière bien satisfaisante. On y rencontre des anomalies, des incohérences. Ainsi il est impossible de fixer un critérium pour reconnaître l'effet probant d'un procès-verbal. La loi, qui semble attacher la foi jusqu'à inscription de faux aux écrits relatant les infractions de

nature fugitive, investit de la même autorité les procès-verbaux constatant les contraventions en matière de garantie d'or et d'argent, certaines violations des règlements forestiers, dont les traces peuvent cependant être facilement trouvées. Il y a plus, ce sont des agents assermentés qui seuls en principe ont qualité pour verbaliser; le législateur s'écarte de cette règle générale pour accorder aux simples citoyens, seraient-ils sans caractère, sans autorité reconnus, le droit de dénoncer les délits de douanes, pour investir ces dénonciations du pouvoir de faire foi jusqu'à inscription de faux. Ce même degré de force probante ne devrait appartenir qu'aux procès-verbaux portant deux signatures, ce double témoignage étant une garantie qui expliquerait, si elle ne la justifiait pas, l'autorité irréfragable de ces actes; la loi n'a pas cru devoir appliquer cette idée générale aux déclarations des agents forestiers, des garde-pêche, des concierges des places de guerre, des gardes du génie.

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES

Considérés au point de vue de leur force probante, les procès-verbaux se divisent en trois catégories ; les procès-verbaux qui ont la valeur de simples renseignements ; les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire ; les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux.

Le seul texte général que nous possédions sur la matière est l'article 154 du Code d'Instruction criminelle, qui s'exprime dans les termes suivants.

« Les contraventions seront prouvées soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux ou à leur appui. Nul ne sera admis à peine de nullité à faire preuve par témoins outre ou contre le contenu aux procès-verbaux ou rapports des officiers de police ayant reçu de la loi le pouvoir de contracter les délits ou les contraventions jusqu'à inscription de faux. Quant aux procès-verbaux et rapports faits par des agents, préposés ou officiers auxquels la loi n'a pas accordé le droit d'en être crus jusqu'à inscription de faux, ils pourront être débattus par des preuves contraires, soit écrites, soit testimoniales, si le tribunal a jugé à propos de les admettre. »

Dans le projet du Code d'instruction criminelle, cette disposition existait, mais en partie seulement. On y lisait : nul ne sera admis à peine de nullité à faire preuve par témoins outre ou contre le contenu aux procès-verbaux ou rapports des officiers de police, des agents, préposés, ou autres officiers ayant reçu de la loi le pouvoir de constater les délits, ou les contraventions : leurs procès-verbaux ou rapports feront foi jusqu'à inscription de faux. Cet article du projet fut l'objet d'une discussion assez vive au Conseil d'Etat.

M. Defermon fut le premier à l'attaquer en faisant ressortir que des formalités aussi graves ne sont point proportionnées aux délits légers dont connaît le tribunal de police, que peu de citoyens se détermineront à entreprendre une procédure de faux pour échapper à une amende modique, que partant il faudrait permettre de détruire par des moyens plus faciles, les fausses assertions des agents de police.

Le grand juge, ministre de la justice, soutint la nécessité d'assujettir les procès-verbaux à des formes leur donnant le plus de garanties possibles : « Car, disait-il, dans les usages actuels l'agent de police dresse son procès-verbal seul et sans être assisté de témoins ; ce serait trop exposer la tranquillité des citoyens que de permettre qu'elle fût compromise par les assertions d'un homme obscur, tandis que même les procès-verbaux des juges ne font point foi en justice, s'ils ne sont signés du greffier. »

M. Treilhard défendit l'article du projet en faisant remarquer « qu'il ne faut pas tellement s'arrêter aux inconvénients de cette disposition, qu'on perde de vue les résultats de la disposition contraire. En effet, il serait beaucoup plus simple de décréter qu'il n'y aura pas de petite police, que de l'admettre et de lui refuser cependant les moyens d'agir. Or, il devient impossible de constater les contraventions qui n'exposent qu'à une amende très modique, si on ne les regarde comme constatées que lorsque le procès-verbal aura été dressé par deux officiers de police, ou par un seul assisté de deux témoins. On objectera qu'on peut du moins réserver aux contrevenants la preuve contraire. Mais ignore-t-on qu'il est très facile de se procurer les dépositions de quelques voisins, qui se ménagent le droit d'exiger dans l'occasion le même service de celui qu'ils consentent à obliger ? La grande garantie des citoyens est dans la surveillance que la loi donne aux autorités supérieures sur les officiers de police. Au surplus, jusqu'à présent la confiance accordée aux procès-verbaux de ces officiers n'a produit aucun abus. Il n'est pas probable que sans autre objet que de désobliger un citoyen, ils se permettent un faux, et s'exposent à la peine dont il peut être suivi. Enfin on doit supposer quelque discernement dans les juges, et croire qu'ils ne s'en rapporteront pas aveuglément à un procès-verbal suspect.

Le ministre de la justice répondit à M. Treilhard « que

jamais la loi n'a donné créance à des procès-verbaux dressés sans témoins. Et qu'on ne dise pas qu'en réservant à la partie la preuve contraire, on ôte au procès-verbal tous ses effets ; il conserve toujours la force de faire preuve directe. On y attacherait trop d'importance si, en allant plus loin, on décidait qu'il fait preuve absolue. La foi sans doute est due aux actes, mais seulement lorsqu'à raison de leur forme ils offrent une garantie. On craint que la faculté de faire la preuve contraire n'amène l'impunité des délits de police : ce serait un très léger inconvénient, car ces sortes de délits ne troublent que bien légèrement l'ordre public ; mais, en outre, comment supposer que, dans les affaires dont l'intérêt est si modique, le contrevenant cherche à suborner des témoins et y parvienne. »

Cambacérès prit à son tour la parole pour combattre l'article du projet. « Il est surtout nécessaire, dit-il, de bien déterminer les délits dont ces procès-verbaux doivent faire preuve. Dans tous les délits résultant de circonstances fugitives, le procès-verbal peut être fautif ; il est difficile de le détruire ; il ne faut donc pas qu'il suffise pour condamner. Il n'en est pas dans ce sujet comme dans la matière des impôts, où l'intérêt d'assurer les revenus de l'Etat oblige de s'écarter des règles dont la stricte observation rendrait la perception nulle. Dans les circonstances ordinaires, le grand motif de l'intérêt public n'oblige pas de donner la même importance aux procès-verbaux. L'article en question est donc vicieux, en

ce qu'il obligerait le juge à condamner sur cette seule preuve. »

Ces observations eurent pour résultat de faire adopter par le conseil d'Etat qu'il ne serait pas nécessaire de recourir à l'inscription de faux pour détruire les procès-verbaux de police, et qu'il serait permis aux juges d'admettre la preuve contraire.

Nous avons rapporté cette discussion, qui eut lieu dans la séance du 28 fructidor de l'an XII, parce qu'elle nous semble intéressante à un double point de vue.

D'abord elle nous donne un résumé très complet, très précis, des motifs qui étaient de nature à faire apporter certaines restrictions à l'application du principe qui veut que les procès-verbaux fassent foi jusqu'à inscription de faux. Elle nous explique par conséquent les modifications que dans sa rédaction définitive l'article 154 du Code d'instruction criminelle a subies.

Elle a en outre le grand mérite de faire ressortir avec une clarté lumineuse cette idée très contestée, que la différence dans le degré d'autorité attaché aux procès-verbaux tient à la contravention à constater et n'a pas d'autre base. C'est la nature de l'infraction, ce sont ses caractères, c'est le plus ou moins de facilité qu'il y aura à la découvrir, qui, seuls, rentreront en ligne de compte dans l'esprit du législateur pour donner au procès-verbal une force probante plus ou moins grande.

Il faut donc rejeter une opinion d'après laquelle la loi a dû régler, selon les connaissances, les qualités, les

garanties enfin qu'elle exige de ses agents, l'autorité qu'elle accorde à leurs déclarations. Ce ne sont ni ces connaissances, ni ces qualités, ni ces garanties, que la loi a dû considérer pour déterminer le degré de pouvoir qui doit être attribué aux procès-verbaux.

Ce n'est même pas la position hiérarchique de ces personnes qui est venue inspirer les rédacteurs de nos codes. Certaines dispositions législatives sont manifestement inconciliables avec cette idée. Ainsi la loi autorise l'accusé devant une cour d'assises à faire tomber les actes les plus réguliers dressés dans l'instruction préparatoire, sans l'obliger à prendre pour cela la voie de l'inscription de faux; et elle refuse cette faculté au prévenu d'un délit forestier constaté par de simples gardes. Si le degré de confiance qu'inspire la personne qui est appelée à verbaliser entre pour quelque chose dans la détermination des effets que doivent produire les procès-verbaux au point de vue probatoire, comment expliquer que le législateur traite les constatations d'un juge d'instruction, qui occupe le plus haut degré de l'échelle hiérarchique des officiers judiciaires, avec moins de déférence que les rapports d'agents qui n'offrent pas les mêmes garanties sous le double rapport de la moralité et de la capacité.

Nous posons donc en principe que la nature du fait incriminé détermine le degré de force probante attaché au procès verbal appelé à le constater. Et ce degré, nous le verrons bientôt, est en raison directe de la gravité de l'infraction qu'il s'agit de réprimer.

De ce principe résultent deux conséquences :

Première conséquence. — Les constatations contenues dans un même procès-verbal n'auront pas toujours la même autorité. L'écrit relate-t-il deux infractions de nature différente, le procès-verbal semble se disjoindre, se diviser en deux parties distinctes, qui doivent être isolées l'une de l'autre, et appréciées selon les règles propres à chacune d'elles. De sorte qu'un procès-verbal peut pour certaines de ses énonciations faire foi jusqu'à inscription de faux, et pour d'autres faire foi jusqu'à preuve contraire, ou ne valoir que comme simples renseignements.

Il y a une application très pratique de cette idée sur laquelle la jurisprudence a eu fréquemment à se prononcer.

Les procès-verbaux des employés de douanes, de contributions indirectes, constatent souvent à côté des délits spéciaux pour lesquels ils font foi jusqu'à inscription de faux, un délit de droit commun tel que par exemple celui d'outrages, d'injures, de voies de fait. Il ne fait pas foi jusqu'à inscription de faux des constatations relatives à ce dernier délit, sur lequel il peut être statué, par les tribunaux contrairement au contenu du procès-verbal, sans que cette décision donne lieu à aucun recours devant la cour suprême.

C'est ce que cette dernière a toujours décidé ; notamment par un arrêt, en date du 4 novembre 1842, ainsi motivé « attendu que l'arrêt attaqué ayant à apprécier les faits

consignées au dit procès-verbal, quant au délit de rébellion, a déclaré qu'ils ne constituaient pas envers les employés des contributions indirectes le délit de rébellion tel qu'il est prévu et défini par l'article 209 du code pénal; que l'appréciation faite par le dit arrêt du procès-verbal quant à ce chef est souveraine et n'est susceptible d'aucun recours, puisque le dit procès-verbal ne faisait pas foi jusqu'à inscription de faux des faits relatifs au délit de rébellion lesquels ont pu conséquemment être appréciés contrairement à la teneur de ce procès-verbal par l'arrêt attaqué; mais attendu qu'il n'en est pas de même des faits constatés par le dit procès-verbal, relativement à la contravention, puisqu'à cet égard il faisait foi de son contenu jusqu'à inscription de faux. »

Mais on pourrait croire que la cour de cassation n'est pas très ferme dans ce sens, car il y a des arrêts qui semblent consacrer la solution contraire; ils refusent de reconnaître au prévenu d'une contravention de contributions indirectes, accompagnée d'outrages, d'injures, de voies de fait, le droit de détruire par la preuve contraire le contenu du procès-verbal relatif à ce dernier point.

Au fond ces décisions sont absolument conformes à la règle que nous exposons. Et si elles paraissent s'en écarter, c'est que les faits dont nous parlons peuvent être considérés comme constituant un délit spécial à la matière des contributions indirectes, celui d'empêchement à l'exercice des préposés. Cette opposition n'est pas un délit de droit commun, mais une infraction *sui generis*,

gouvernée par des lois particulières, dont la constatation rentre dans les attributions des employés de l'administration des contributions indirectes, et fait foi jusqu'à inscription de faux. Les juges ne seraient donc pas recevables à admettre sur ce point la preuve contraire offerte par le prévenu.

Deuxième conséquence. — Les agents qui, en vertu d'une délégation spéciale de la loi, verbalisent dans un service qui leur est étranger impriment à ces procès-verbaux l'autorité qui leur appartiendrait, s'ils étaient dressés par les agents de ce service.

La loi par exemple donne le pouvoir aux préposés des contributions indirectes de verbaliser, en matière d'octroi, de douanes, de chasse, de garantie des matières d'or et d'argent. Les gardes-champêtres ont la mission de constater les délits en matière forestière. Les maires et adjoints peuvent rechercher une foule de contraventions dont l'énumération serait trop longue, en dehors de leurs attributions spéciales.

Les procès-verbaux rédigés par les agents dont les rapports dans le service ordinaire auquel ils sont attachés font foi jusqu'à inscription de faux, pourront être attaqués par la preuve contraire, s'il s'agit d'une matière qui comporte cette autorité. Ainsi un garde forestier, qui verbalise, à l'occasion d'un délit de chasse, ne sera cru que jusqu'à preuve contraire, parce qu'en cette matière, les procès-verbaux n'ont pas d'autre effet.

Au contraire les déclarations des gendarmes qui cons-

tatent une contravention aux réglemens des douanes, ne pourront être contestées que par la procédure de l'inscription de faux, comme si ces déclarations émanaient des employés de l'administration eux-mêmes. Les procès-verbaux en effet rédigés par des préposés dont les constatations, concernant le service dont ils dépendent habituellement, font foi jusqu'à preuve contraire, ne pourront être attaqués que par l'inscription de faux, s'il s'agit d'une matière comportant cette autorité.

Mais tout ce que nous venons de dire suppose l'accomplissement de toutes les formalités prescrites par les lois spéciales à la contravention qui fait l'objet du procès-verbal. Car l'observation de ces formes, dans l'esprit du législateur, contribue à établir la sincérité de l'écrit. La preuve en est que plus le degré de puissance probante attaché à l'acte est considérable, plus ces formes sont multiples et compliquées.

Si donc les réglemens en vigueur n'ont pas été exécutés par les agents qui verbalisent dans un ordre de faits étrangers à leur service, il n'est pas étonnant qu'il en résulte une modification sensible dans les effets que doivent produire ces procès-verbaux, quant à la preuve.

Nous devons remarquer en terminant qu'il est à peu près certain que les déclarations d'un maire constatant un délit forestier, d'un gendarme constatant un fait de colportage de tabac ou de débit de cartes à jouer, alors même que toutes les formalités prescrites aux gardes forestiers, aux employés des contri-

butions indirectes auraient été remplies, ne font pas foi jusqu'à inscription de faux. C'est là une décision qui a été fréquemment consacrée par la jurisprudence. Et en supposant que cette jurisprudence soit conforme à la loi, nous estimons que le législateur dans ces hypothèses s'est écarté, pour des raisons que nous ne sommes pas parvenus à découvrir, des idées que nous venons d'exposer, et qui seules, nous persistons à le soutenir, l'ont guidé dans la rédaction de la plupart de nos lois.

CHAPITRE II.

DE QUELS FAITS FONT FOI LES PROCÈS VERBAUX.

De quels faits font foi les procès-verbaux ? Avant de répondre à cette question, nous devons remarquer que la solution que nous allons lui donner, ne concerne que les procès verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux. Elle reste donc complètement étrangère à ceux de ces actes qui ne rentrent ni dans l'une ni dans l'autre de ces divisions. Pour eux en effet elle est sans intérêt, puisque toutes les mentions qu'ils contiennent, quelle que soit leur nature, ne valent que comme simples renseignements.

Les faits dont font foi les procès verbaux sont les faits matériels.

Ce principe, qui s'applique aussi bien aux procès verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux, qu'aux procès verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire, n'a jamais fait difficulté.

Et s'il n'est écrit dans aucun des textes se référant à ces derniers, nous le trouvons en revanche plusieurs fois mentionné dans les lois relatives à ceux de ces écrits dont le contenu ne peut être contesté qu'à la condition de suivre la voie de l'inscription de faux, notamment dans

l'article 176 du code forestier, dans l'article 53 de la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale, dans l'article 11 de la loi du 9 floréal an VII sur les douanes, dans l'article 26 du décret du 1^{er} germinal an XIII sur les contributions indirectes.

« Les procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux des faits matériels relatifs aux délits et contraventions qu'ils constatent, » nous dit l'article 176 du code Forestier.

« Les procès verbaux font preuve jusqu'à inscription de faux des faits matériels relatifs aux délits qu'ils constatent, quelles que soient les condamnations auxquelles ces délits peuvent donner lieu, » dit à son tour l'article 53 de la loi du 15 avril 1829.

— Qu'est-ce que c'est donc que les faits matériels ?

Ce sont les circonstances qui tombent sous l'un de nos sens, qu'on peut énoncer, qu'on peut décrire sans avoir recours à la faculté du raisonnement. Les personnes chargées de rédiger le procès-verbal, affirment avoir vu, avoir entendu.

Mais il faut que ces faits soient constitutifs des délits et contraventions. Ils doivent permettre à la simple lecture de l'écrit, de préciser la nature, de définir le caractère de l'infraction ; par conséquent ils doivent mettre à même de déterminer la juridiction à laquelle elle appartient, les lois qui lui sont propres, la sanction qui doit la frapper.

Les faits matériels sont donc les éléments de l'acte dé-

lictueux, constatés de *visu*, de *auditu*. L'intention par exemple n'est pas un fait matériel.

On voit par là que le législateur tient en suspicion les opérations purement intellectuelles du verbalisant, qu'il se défie des présomptions, des inductions, de la partie de l'acte en un mot qui peut être considérée comme l'expression d'une opinion simplement personnelle des agents. Il ne les a pas chargés d'analyser, d'apprécier les différentes circonstances des délits qu'ils rapportent.

Il ne leur a pas donné pour mission de faire œuvre d'experts. C'est le rôle de témoin, et de témoin officiel qu'il leur assigne. Et qui oserait prétendre qu'un témoin a le droit de présenter sous forme de déposition des déclarations purement morales, qui participeraient du caractère sacré du témoignage produit sous serment. Ce que nous disons du témoin ordinaire, il faut le dire également de l'agent qui a reçu du législateur le pouvoir de verbaliser. Les règles qui gouvernent les constatations écrites et les constatations morales sont les mêmes.

Ce principe de notre droit est au reste très-rationnel. Nous verrons plus loin combien l'autorité des procès-verbeaux est considérable combien la preuve qui en résulte est privilégiée, puis qu'elle s'impose au juge malgré la conviction personnelle de ce dernier. Si déterminée par de graves raisons que nous aurons à examiner, la loi a cru devoir attacher un pouvoir aussi grand aux constatations de *visu* et de *auditu* contenues dans ces actes, l'équité exigeait qu'elle ne l'étendit pas aux énon-

ciations résultant des jugements personnels de ceux qui les ont rédigés.

Car ces inductions doivent être suspectées au double point de vue de la capacité et de la moralité des personnes dont elles émanent

Au point de vue de leur capacité. Elles appartiennent en effet le plus souvent à une classe où l'intelligence est d'ordinaire peu développée, l'instruction peu répandue. Le législateur devait tenir compte de cet état de choses, mettre en harmonie les fonctions dont ils ont à s'acquitter les devoirs qu'ils ont à remplir, avec le caractère limité de leurs aptitudes, le degré peu élevé de lumière que l'on doit présumer chez eux. Il l'a compris, aussi leur a-t-il assigné un rôle purement passif dans lequel l'esprit n'a pas à accomplir un travail compliqué. Rendre compte de ce qui s'est passé sous leurs yeux, telle est leur tâche qui est à la hauteur de l'esprit le plus simple et le moins cultivé.

Au point de vue de leur moralité. Car les agents chargés de dresser procès-verbal sont originaires le plus souvent de la localité où s'exercent leurs attributions; ou bien ils y séjournent depuis longtemps. Dans le premier cas, ils ne sont pas des étrangers pour les populations au milieu desquelles ils vivent; dans le second ils ne tardent pas à cesser de l'être, à acquérir droit de cité. Ils vivent de la vie des habitants, s'y créent des amis, s'y font des ennemis; n'a-t-on pas à craindre que, dans l'exercice de leurs pouvoirs, ils usent de complaisances

coupables envers les uns pour employer à l'égard des autres une sévérité excessive. N'y avait-il pas là encore un puissant motif pour restreindre, dans des limites très précises, la puissance considérable qui s'attache à leurs fonctions.

Il résulte du principe, que seules les constatations *de visu et auditu* font foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux, deux conséquences :

Première conséquence. — Les énonciations qui impliquent un jugement personnel de l'agent rédacteur, ne valent que comme simples renseignements.

L'application de cette idée a donné lieu à des décisions pratiques intéressante à étudier.

Notamment il a été jugé (15 août 1880. S. 1881. 4. 392.) par la cour de cassation que, le chemin sur lequel un barrage aurait été indûment établi étant qualifié dans un procès verbal de chemin public, ne fait pas foi de cette publicité, surtout lorsque la publicité du chemin est constitutive de la contravention commise. Cette décision se justifie pleinement si l'on considère que dire qu'un chemin est public, c'est lui attribuer une qualité, qui n'est pas susceptible d'une constatation matérielle, qui peut réclamer des recherches, demander réflexion ; aussi doit-on reconnaître au juge le droit de se prononcer sur ce point comme bon lui semblera, son pouvoir d'appréciation n'étant pas limité par les jugements personnels de ceux qui verbalisent. Et ce juge, nous le croyons du moins, serait compétent pour trancher le débat, alors même qu'il n'appar-

tiendrait pas à un tribunal administratif, sans doute les autorités administratives ont seules le pouvoir de déclarer la publicité d'un chemin public, de veiller à sa conservation, à son entretien, mais aucun texte ni lois ne leur reconnaît le droit exclusif de constater l'existence ou la non existence de cette publicité. La justice de droit commun, saisie de la contravention, est compétente.

Il est souvent très délicat de savoir si la mention contenue dans un procès verbal est l'expression d'une opinion personnelle de l'agent, ou bien une constatation matérielle. Comme nous l'avons vu, l'intérêt de la question est cependant considérable.

Dans une ville par exemple où les droits d'entrée des vins de Bourgogne et des vins de Bordeaux sont taxés d'une façon différente, la qualification de vins de Bourgogne insérée dans un procès-verbal dressé par les employés de l'octroi, fait-elle foi ou non jusqu'à inscription de faux ? La seule solution rationnelle à donner à cette question est de distinguer entre la déclaration qui porte sur la nature de l'objet, et celle qui porte sur l'une de ces qualités.

La première doit être considérée comme un fait matérielle, parce qu'en général déterminer la nature d'un objet est une opération facile à laquelle peut suffire l'esprit le moins exercé, un travail qui ne réclame pas un effort intellectuel bien considérable : c'est l'œuvre de nos sens, et rien de plus.

Il n'en est pas de même au contraire pour les énon-

ciations, quant à la qualité de l'objet. Ces qualités sont très variées. Aussi leur appréciation exige-t-elle une variété de connaissances, une sûreté de jugement, une finesse de goût qui ne peut résulter que d'une éducation spéciale de l'esprit. Ici donc il ne saurait être question de simples constatations ; c'est le jugement personnel de l'individu qui domine l'opération. Et les expressions de ce jugement ne sauraient faire foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux.

Cette distinction a été appliquée, il y a quelques années par la Cour de cassation dans l'espèce suivante.

Dans une localité où l'entrée du bois de chauffage était soumise aux droit d'octroi, les employés avaient dressé procès-verbal pour non paiement des susdits droits. L'inculpé pour sa défense, soutint que le bois en question n'était pas du bois de chauffage, mais du bois de construction, affranchi, comme tel de la taxe municipale; le tribunal de première instance, la cour d'appel ensuite, auxquels la cause fut soumise, admirent cette prétention.

Et la cour suprême ratifia ces décisions par les considérants suivants « Que la distinction entre le bois de chauffage et le bois de construction forme une question sérieuse sur laquelle les préposés de l'octroi n'ont pu émettre qu'un simple avis susceptible d'être débattu par la preuve contraire ; que le procès-verbal en effet ne fait foi jusqu'à inscription de faux que des faits matériels qu'il constate, et non des opinions personnelles émises par les agents qui les constatent, opinions toujours sus-

ceptibles d'être expliquées ou débattues par tous les moyens de preuve admissibles en matière correctionnelle (24 avril 1880. D. 1880, 1.360).

Nous ferons remarquer en terminant que le principe qui met les appréciations personnelles des agents rédacteurs sur le rang de simples renseignements s'applique d'une façon absolue. Ces appréciations seraient-elles basées sur l'opinion d'un ou de plusieurs experts d'une compétence reconnue.

Deuxième conséquence. — Les circonstances, rapportées au procès verbal, d'après les constatations faites par des personnes autres que les rédacteurs de l'acte, ne font pas foi jusqu'à preuve contraire ou jusqu'à inscription de faux. L'agent qui verbalise ne prétend pas avoir vu ou avoir entendu; il affirme qu'un tel a vu ou entendu. Il ne constate rien; il rapporte une simple dénonciation que le juge est en droit de rejeter ou d'admettre, selon que bon lui semble.

Les tribunaux pourront donc s'abstenir de tenir compte de déclarations, insérées au procès-verbal, qui émanent de tiers.

Il en résulte qu'ils ont le droit, sans encourir le reproche de méconnaître la foi due au procès verbal, de rejeter les rapports contenus dans ces actes émanant d'agents subalternes. C'est un point très important qu'il faut signaler, car il se présente fréquemment dans la pratique en matière de police urbaine. Dans les villes ce sont des agents, qui n'ont pas reçu de la loi la mission

de verbaliser, qui souvent constatent les infractions. Ils font leurs rapports sur lesquels se base leur chef hiérarchique pour dresser procès-verbal.

Les déclarations émanant du prévenu, seraient traitées de la même manière. Le juge est libre de ne leur accorder aucune autorité. Il faut en dire autant des aveux faits par un membre de la famille de l'inculpé, par des personnes faisant partie de sa maison, gens de service ou homme de confiance.

Il va sans dire enfin que le pouvoir des tribunaux est souverain : lorsqu'ils se trouvent en présence uniquement de la plainte de la partie lésée qui n'est qu'un tiers dont la déclaration n'a rien de privilégié et doit partant être traitée comme une déclaration ordinaire ; lorsque le ministère public ne met sous leurs yeux qu'un procès-verbal rédigé d'après la rumeur publique. Sur ce dernier point, la cour d'appel de Nancy a rendu un arrêt (D, 1872. 2. 232) très juridiquement motivé dans lequel elle dit « qu'on ne saurait considérer comme de véritables procès-verbaux, ayant tous les caractères exigés par la loi, faisant foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire, les actes dont les rédacteurs n'ont rien vu, ne savent absolument rien par eux-mêmes, et dans lesquels ils ne constatent aucun fait dont la matérialité ait pu frapper leurs sens, mais dans lesquels ils se bornent à consigner ce qu'ils ont pu apprendre par ouï dire, en recueillant les déclarations des personnes plus ou moins bien informées ; qu'en pareille occurrence, les rédacteurs ne dressent pas

des procès-verbaux proprement dits, ils ne faut recueillir des renseignements, ils ne constatent pas des délits, ils ne faut que les dénoncer ».

Nous avons à examiner maintenant si les aveux recueillis dans les procès-verbaux doivent être considérés comme des faits matériels? cette célèbre question divise les juriscultes.

Il est évident, dit M. Faustin Hélie, que le délit subsiste quand l'aveu se manifeste, cet aveu est un renseignement, un indice, une preuve du délit, mais il n'en est point un élément. Mais lors même qu'il serait considéré comme un fait matériel, ce fait serait extrinsèque au délit et ne se produirait qu'après sa perpétration. Or l'autorité du procès verbal doit-elle s'étendre aux faits accessoires qui ne sont ni constitutifs, ni cataristiques du délit, et qui n'en sont que les indices ou les preuves. La raison de douter est que les faits matériels auxquels s'applique la preuve par procès verbaux ne sont point en général susceptibles de plus ou de moins, ils sont ou ils ne sont pas, le témoignage des préposés peut donc être accepté avec confiance sur leur existence. Mais il n'en est plus ainsi quand ces faits ne sont que des indices ou des preuves, car au fait matériel se joint alors son appréciation intellectuelle; et qui peut faire cette appréciation, si ce n'est le juge lui-même. N'est-il pas difficile même pour les esprits les plus cultivés de fixer le sens et la portée d'une parole? Et cette difficulté n'est-elle pas plus grande quand cette parole est une preuve à la charge de celui

qui l'a prononcée, quand il importe de lui conserver son caractère propre, ses limites, ses réserves? Or, comment admettre qu'un garde ou qu'un préposé soit compétent pour assigner à une déclaration verbale son sens vrai, pour la matérialiser en la consignait comme un fait dans son rapport. » La doctrine de M. Hélie refuse donc aux aveux du prévenu le caractère de constatation *de auditu*.

D'autres au contraire partent de ce principe que l'aveu est un fait matériel du délit. L'esprit de la loi leur paraît être de regarder comme jouissant de l'autorité attachée aux procès-verbaux les faits matériels constitutifs du délit, sans qu'on puisse établir de distinction entre les circonstances qui ont frappé tel organe plutôt que tel autre. La question se ramène donc pour eux à savoir si l'aveu est bien un fait constitutif du délit.

« Il est incontestable, dit M. Mangin, que l'aveu du délit n'est pas le délit lui-même, qu'il n'est pas une circonstance inhérente à ce délit, qu'ainsi il ne peut dispenser les agents qui verbalisent de reconnaître le délit et de constater les faits qui le constituent; mais les faits matériels d'un délit ne gisent pas seulement dans les traces qu'il a pu laisser, ils consistent aussi dans les faits qui s'y rattachent, et qui sont propres à en faire connaître l'auteur. C'est ainsi par exemple qu'un procès-verbal fait foi non-seulement que des bestiaux ont été trouvés dans un bois, mais encore qu'ils étaient sous la garde de tel individu, bien que la présence de cet individu dans le bois

ne soit point, par elle-même, un dédit, comment alors ne pas mettre au nombre des faits matériels souvent à la preuve d'un délit régulièrement constaté, l'aveu de celui à qu'il est imputé? On craint que des agents n'attribuent à un prévenu des déclarations qu'il n'a pas faites, on peut craindre également qu'ils ne lui imputent des faits qu'il n'a pas commis, et si la loi ne s'est pas arrêtée à cette dernière appréhension, comment supposer qu'elle s'est arrêtée à l'autre. »

La Cour de cassation consacra d'abord ce dernier système. Par un arrêt du 20 juin 1806 elle déclara que le procès verbal régulier, en matière de contravention forestière, fait foi jusqu'à inscription de faux des aveux qu'il constate arrêt du 20 juin 1806, (J. P. t. 5. p. 382). Et la cour ne distinguait pas entre la réalité et la sincérité de l'aveu; elle allait même jusqu'à prétendre que l'aveu rend le délit encore plus incontestable que si les agents l'avaient vu commettre sous leurs yeux.

Les cours d'appel n'admirent pas cette manière de voir. Dans une espèce (Tarby contre Eaux et forêts) la cour de Besançon n'ayant pas voulu reconnaître aux déclarations du prévenu le caractère de faits matériels, la cour suprême cassa l'arrêt qui fut du reste pleinement confirmé par la cour de Dijon devant laquelle l'affaire avait été renvoyée.

L'administration des Eaux et forêts s'étant pourvue une seconde fois en Cassation, la cour, toutes chambres réu-

nies, malgré les réquisitions contraires du Procureur général Dupin, adopta dans l'audience solennelle du 6 août 1834 l'opinion qu'elle avait toujours professée (S. 1, 36, 1835).

Mais la Cour de Cassation n'est pas restée fidèle à sa doctrine. Nous trouvons en effet un arrêt du 30 juillet 1835 (*Bulletin*, 307, affaire Guillermet contre Eaux et forêts) dans lequel elle proclame que si la réalité des déclarations et des aveux du prévenu ne peut-être mécon nue tant que les dits procès-verbaux n'ont pas été détruits par la voie de l'inscription de faux, leur sincérité peut-être débattue sans y recourir, elle doit être néanmoins présumée jusqu'à preuve contraire. C'est là un nouveau système qui sépare complètement la jurisprudence de la Cour du système de M. Mangin.

Pour nous, nous pensons que chacune de ces théories contient une part de vérité, mais aucune d'elle ne nous satisfait d'une façon absolue.

L'aveu n'est pas un fait constitutif du délit. Car il est impossible de regarder comme tel les circonstances postérieures à la perpétration de l'acte incriminé, l'existence d'une infraction supposant la réunion de tous les éléments essentiels à cette dernière.

Mais l'aveu nous apparaît bien comme un fait matériel puisqu'il tombe sous les sens des agents qui le reçoivent. Si l'on considère qu'il est intimement lié au délit, qu'il est de nature à nous en révéler l'existence, les caractères les auteurs, son importance qui a dû certainement attirer

l'attention des personnes chargées de verbaliser, nous est manifeste. Aussi pensons-nous que le procès-verbal fait foi jusqu'à inscription de faux ou jusqu'à preuve contraire de la réalité des aveux.

Mais qu'il en soit ainsi pour la sincérité de ces déclarations, nous ne le croyons pas. Car rapporter un aveu, c'est une pensée qu'il faut traduire, c'est une idée qu'il faut rendre, les mots n'ayant de valeur que par les choses qu'ils sont appelés à définir dans l'esprit de celui qui les prononce. Est-ce donc une tâche bien simple de fixer le sens d'une parole, en tenant compte de ses limites et de ses réserves. N'est-il pas besoin pour cela de scruter la conscience de la personne qu'on interroge, de pénétrer ses sentiments les plus intimes. Les difficultés de cette mission ne peuvent souvent être vaincues par les magistrats les plus expérimentés, pourront-elles l'être davantage par les agents que la loi a chargé de verbaliser, dont nous avons déjà constaté les capacités limitées. Ce sont ces inconvénients pratiques, qui paraîtront encore plus graves, si l'on considère que les aveux constituent une preuve à la charge de ceux dont ils émanent, qui nous font traiter d'une manière différente la réalité et la sincérité des déclarations de l'inculpé.

On ne manquera pas de dire : Qu'est-ce qu'un fait matériel inattaquable quant à son existence, et qui peut être attaqué quant à sa signification ? Assurément il y a là quelque chose d'anormal, répondrons-nous. Mais quoi d'étonnant à cela ? Est-ce que l'aveu est un fait matériel

ordinaire? N'a-t-il pas une nature particulière qui fait qu'il ne se prête pas à une constatation pure et simple de la part des fonctionnaires qui verbalisent, mais à une appréciation dans laquelle intervient nécessairement le jugement personnel de ces derniers. On ne peut pas dire de lui qu'il est ou qu'il n'est pas ; il peut être diversement apprécié. Dès lors, étant un fait matériel exceptionnel, il est naturel de lui appliquer une règle également exceptionnelle. La loi, il est vrai ne le dit pas, mais l'esprit de la loi doit suppléer à son silence.

Nous pensons donc que la sincérité des déclarations du prévenu ne participe pas de la force probante attachée aux procès-verbaux. Nous allons même plus loin que la Cour de cassation dans son arrêt du 30 juillet 1835. Pour nous l'aveu ne doit pas être présumé sincère. C'est une partie du procès-verbal dont le juge doit nécessairement tenir compte, en ce sens qu'il doit l'examiner attentivement pour arriver à en pénétrer le sens. Mais il peut l'apprécier en toute liberté. Il a pour cela un pouvoir discrétionnaire souverain que rien ne vient limiter. Le juge peut donc admettre l'aveu, ou le tenir pour non avvenu, soit d'office, soit sur les explications et moyens fournis par les parties

Certaines espèces vont venir justifier la théorie que nous venons d'exposer. Il y a d'abord l'hypothèse d'un aveu, arraché au prévenu par dol ou violence. Il y a aussi le cas où l'aveu est le résultat d'une erreur. Dans nos campagnes, il arrive tous les jours que des gens peu

éclairés avouent par calcul; ils savent qu'ils sont innocents, mais ils sont convaincus que discuter et, plaider avec un garde aboutira à une condamnation, tandis qu'au contraire un aveu les rendra indemnes. D'autres sont intimidés en présence des agents au point de ne pouvoir leur opposer la moindre contradiction et de se reconnaître coupables d'infractions qu'ils n'ont pas commises. Ne faut-il pas laisser à ces individus, qui sont peut-être dans l'impossibilité de détruire leurs déclarations par la preuve contraire, le droit de se disculper à l'audience où ils seront protégés par l'assistance d'un conseil.

Et du reste, l'intérêt social qui veut que tous les coupables, mais les coupables seuls, soient punis, peut être invoqué par nous à l'appui du système que nous défendons. On voit des personnes qui ont commis un délit, pour se soustraire à la peine et aux déchéances attachées à la condamnation qu'entraînera le procès-verbal dressé contre elle, promettre une somme considérable à des individus de situation nécessaire pour que ces derniers aillent se déclarer coupables. D'autres fois, le but du marché est de permettre à l'auteur de l'infraction d'échapper aux rigueurs de la récidive. On comprend que le ministère public ait le droit de discuter la sincérité de semblables aveux.

Nous terminerons cette question des aveux en faisant remarquer qu'il est des cas où l'aveu ne peut pas faire preuve. On est d'accord pour reconnaître qu'il en est ainsi, lorsqu'il s'agit d'un fait contestable et qui peut être

vérifié, par exemple de la qualité des choses saisies, de leur quantité, de leur état au point de vue de l'art. Ce sont là des constatations faciles à faire, dont le résultat est certain, sur lequel par conséquent toutes les déclarations de l'inculpé seraient sans influence.

CHAPITRE III

PROCÈS-VERBAUX FAISANT FOI JUSQU'À PREUVE CONTRAIRE

Les procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve contraire, sont de beaucoup les plus nombreux et les plus pratiques. Ils interviennent journellement en matière de simple police, de délits ruraux, de voierie, de chasse, etc. Ils visent des infractions peu graves, mais qui se reproduisent fréquemment, parfois d'une façon systématique, qui dès lors réclament une répression particulière. Pour cela, il fallait attacher à ces actes une présomption de vérité ; le jugement qui devait appliquer les dispositions prohibitives de la loi trouvait ainsi dans le procès-verbal une base suffisante pour condamner le prévenu.

La preuve résultant de témoignages purement oraux ne pouvait pas répondre au même besoin. Car le plus souvent les contraventions que la loi veut atteindre n'ont pas de témoin, leurs auteurs ayant pour habitude d'agir dans la solitude. Et en auraient-elles, il serait toujours difficile pour la justice d'obtenir les dépositions nécessaires étant donné d'une part ce préjugé très répandu qui consiste à considérer comme très licites les dégradations commises au détriment de l'Etat, d'autre part la modicité de l'intérêt pécuniaire engagé dans le débat, intérêt qui

ne vaut pas un déplacement de témoins, chose toujours onéreuse.

Et qu'on ne dise pas que le droit de l'Etat vient ici léser le droit des simples citoyens. Les délits que l'on veut atteindre ne sont pas des faits susceptibles de variations dans leur appréciation. La loi a du reste assujetti leurs constatations à des formes compliquées qui sont autant de précautions destinées à garantir les intérêts des particuliers. Elle a réservé aux parties poursuivies le droit de faire usage de la preuve contraire. Si on envisage les graves conséquences qui résulteraient pour les agents d'un manque de sincérité dans leurs rapports, on voit qu'ils n'ont pas intérêt à altérer la vérité. Ce sont là des considérations qui ont assez de force pour justifier le système de la loi.

Tous les procès verbaux rédigés par les officiers publics, qui ont reçu de la loi une mission spéciale pour constater certaines infractions, lorsqu'ils ne font pas foi jusqu'à inscription de faux, font foi jusqu'à preuve contraire. C'est ce qui résulte de l'article 154 du Code d'instruction criminelle.

Supposons une poursuite, portée devant un tribunal, en vertu d'un procès-verbal de cette nature. L'affaire est appelée. Que va-t-il se passer? Ou bien le prévenu reste dans l'inaction, ou bien il a demandé à administrer la preuve contraire.

Première hypothèse. — L'inculpé reste dans l'inaction.

Ici remarquons tout d'abord que la position du poursuivant vis-à-vis de son adversaire est particulièrement avantageuse. Il n'a aucune preuve à fournir, sûr qu'il est d'obtenir la condamnation qu'il sollicite.

Le juge n'est pas libre de rejeter les conclusions du procès-verbal. Il doit se laisser enchaîner par la force attachée à l'acte qui sert de base aux débats. La loi lui fait une obligation d'imposer silence à ses convictions, de faire abstraction de sa personnalité, pour reconnaître le délit, et prononcer la peine qui lui sert de sanction. Toute demande de preuve supplétive, lui est même interdite.

Ces principes ont toujours été consacrés par la jurisprudence de la Cour de cassation qui, à plusieurs reprises, a proclamé que « lorsqu'un procès-verbal fait foi des faits qu'il contient jusqu'à preuve contraire, c'est d'abord au prévenu à la combattre par des témoignages et autres preuves légales, sauf à la partie poursuivante à combattre ces preuves et à corroborer le procès-verbal ; que le tribunal en renvoyant le prévenu et en mettant à la charge de la partie poursuivante l'obligation de corroborer un procès-verbal par des preuves, sans que ce procès-verbal ait été combattu par les témoignages ou autres preuves offerts par les prévenus a jugé contre le contenu du procès-verbal, sans preuve contraire, et a violé la foi qui lui était due (22 décembre 1831, P. T. 24, p. 474). »

Il est donc défendu aux tribunaux de demander un supplément de preuve. Il leur est défendu également de

relaxer le prévenu. Toute décision contraire tomberait sous la censure de la Cour de cassation, quel que fût le motif invoqué pour la justifier.

Il en résulte que seraient entachés de nullité :

1° Les jugements fondés sur des appréciations personnelles auxquelles se seraient livrés les juges par exemple sur ce que la circonstance imprimant au fait un caractère délictueux n'existe pas, sur ce que le fait est à tort attribué au prévenu, sur ce que les faits paraissent invraisemblables ou sur ce que les faits n'existent pas. Autrement l'arbitraire judiciaire viendrait prendre la place de la vérité légale.

Les jugements fondés sur la notoriété publique, les jugements motivés par des renseignements pris par les membres du tribunal en dehors de l'audience, ou des connaissances que leur aurait donnée leur situation personnelle. C'est ainsi que la Cour de cassation a annulé une sentence d'un juge de police, parce qu'en l'absence de toute preuve contraire, alors que le procès-verbal désignait comme privé le chemin sur lequel avait eu lieu le fait dénoncé comme contravention, ce juge avait relaxé le prévenu après avoir constaté d'office que le chemin était une voie publique (D. 3 mai 1861. 1. 360 1861).

2° Les jugements déterminés par ce fait que le ministère public n'a pas offert et au besoin refusé de procurer en dehors du procès-verbal les énonciations qui y sont contenues. Car ce n'est pas le rôle du ministère public de

rapporter en dehors de l'écrit les constatant, les circonstances ayant donné lieu à la poursuite.

Tous les motifs servant de base aux sentences que nous venons d'énumérer, sont bien de nature à ébranler la foi due au procès-verbal. Mais ils ne la détruisent pas, car ils ne constituent pas la preuve contraire qui seule est admise pour faire disparaître cette autorité. Tant qu'elle subsiste, la teneur du procès-verbal s'impose au juge, qui n'a qu'à la constater pour en déduire les conséquences, selon les règles posées par la loi.

Deuxième hypothèse. — L'inculpé demande à administrer la preuve contraire. Que doit être cette preuve contraire ?

« Nous avons pensé d'abord, dit M. Bonnier, qu'en signalant la preuve écrite, et la preuve testimoniale, la disposition de l'article 154 n'était point limitative, et devait s'entendre de toute espèce de preuve, comme l'article 46 du Code civil et bien d'autres articles de nos lois, qui, en permettant de prouver tant par titres que par témoins, n'entendent point exclure les preuves d'une autre nature. Mais en y réfléchissant plus mûrement, nous avons reconnu, avec la jurisprudence de la Cour de cassation et avec les auteurs spéciaux, qu'ici le procès-verbal a le caractère d'une preuve légale, susceptible seulement d'être combattue par des moyens déterminés, dont l'appréciation échappe à l'arbitraire du juge. On ne saurait donc invoquer le droit commun, qui, comme nous le verrons,

met les présomptions sur la même ligne que la preuve testimoniale. »

La preuve écrite et la preuve testimoniale peuvent donc seules détruire le pouvoir probant attaché au procès-verbal.

La preuve écrite est celle qui est organisée par les articles 1317 et suivants du Code civil. Les actes seuls dont parlent ces dispositions ont le caractère légal et juridique des témoignages. Ils peuvent établir ou que le fait n'existe pas, ou qu'il est dépourvu de tout caractère délictueux, ou bien qu'il ne saurait être imputé au prévenu.

Nous sommes ainsi amenés à parler des certificats délivrés par des tiers, tendant à contredire les assertions contenues dans un procès-verbal ; peuvent-ils être considérés comme une preuve écrite, et servir de base à un jugement acquittant le prévenu ? Non, parce que ce sont des déclarations données pour les besoins de la cause, rédigées postérieurement à la contravention sur laquelle les juges ont à se prononcer, dépourvues de la solennité des débats, de la garantie du serment, qui par conséquent ne réunissent aucun des caractères exigés pour constituer une preuve suffisante. C'est du reste ce qu'a toujours jugé la Cour de cassation : « on ne peut détruire par des attestations ou certificats la foi due jusqu'à preuve contraire à un procès-verbal régulier ; ces déclarations émanant d'individus, non entendus à l'audience, et n'ayant point prêté serment, sont sans force et sans autorité aucune aux yeux de la loi. »

Cette idée que les écrits dont nous parlons ne peuvent pas rencontrer de créance auprès des tribunaux, doit être appliquée d'une façon absolue :

Quelle que soit l'époque de leur rédaction, serait-ce le jour de la perpétration du délit.

Quel qu'en soit le lieu. A l'audience, par-devant les juges, en présence de témoins, le résultat resterait le même.

Quel qu'en soit l'auteur. Ce point demande quelques explications.

Et d'abord la déclaration émanerait-elle d'un fonctionnaire, cela importerait peu ; la qualité de celui qui la donne est sans influence sur son efficacité. L'attestation d'un maire est sans valeur relativement à un procès-verbal rédigé par une garde-champêtre en matière d'infraction aux règlements municipaux. Les juges n'en tiendraient aucun compte. Ils n'accorderaient pas une autorité plus grande au certificat émanant de l'agent qui a verbalisé. N'étant pas rédigé dans les formes réclamées pour les actes que les agents ont la mission de dresser, ce certificat au point de vue de la preuve contraire ne peut être qu'inoperant.

Mais qu'arrive-t-il si l'écrit émane de la partie lésée ? Le cas a été fréquemment soumis aux tribunaux. Il doit être tranché dans le sens que nous venons d'exposer. Ainsi il arrive souvent, à l'époque de la chasse et de la pêche, que les garde-chasse, les garde-pêche, les gardes-champêtres, constatent des invasions sur un terrain d'autrui ensemencé ou préparé, et verbalisent pour violation du

droit de propriété. En dressant procès-verbal, ces agents sont dans leur droit, car la loi leur attribue compétence sur ce point, et cela, même en l'absence de toute plainte venant de la partie lésée. Le droit de poursuite d'office appartient au ministère public.

Mais d'autre part l'ordre public n'est intéressé à voir réprimer l'atteinte portée à la propriété des particuliers, qu'autant que le propriétaire ne l'a pas autorisée. Cette idée, sauf de rares exceptions, motivées par des considérations d'intérêt général, s'impose d'une façon impérieuse si l'on veut respecter le droit absolu pour toute personne de faire de sa chose ce qui lui convient. Aussi reconnaît-on que le fait ne peut être incriminé, lorsqu'il a eu lieu avec l'assentiment du propriétaire du terrain.

Il en résulte que l'aveu du propriétaire peut empêcher de donner suite à l'affaire. C'est là, dira-t-on, une exception au principe dont nous étudions l'application ? Il n'en est rien.

La jurisprudence a toujours décidé que l'aveu n'est efficace qu'à une condition : c'est qu'il aura été fait antérieurement à l'infraction sur laquelle il s'agit de se prononcer, et que cette antériorité sera bien établie. Pourquoi ? parce que cela démontre péremptoirement que le consentement du propriétaire n'a pas été donné pour les besoins de la cause. Autrement il encourrait ce reproche, qui le ferait écarter, étant donné que les tribunaux de répression sont tenus de condamner toutes les fois que le fait incriminé réunit lors de sa perpétration les carac-

lères constitutifs d'un délit, sans que les circonstances postérieures puissent rien changer.

Bien que nous ayons parlé de l'aveu du propriétaire à propos de la preuve écrite, nous n'entendons pas dire par la loi que son efficacité réclame qu'il soit donné par écrit. Le consentement peut être donné verbalement : quand la loi ne se contente pas du consentement verbal, elle s'en exprime formellement, notamment en matière de propriété littéraire et artistique où une œuvre ne peut être représentée au théâtre qu'avec l'assentiment formel de l'auteur.

La preuve contraire peut aussi résulter de la preuve testimoniale. En quoi consiste cette dernière ?

Ce sont les dépositions des témoins entendus à l'audience. Elles doivent être accompagnées de la prestation du serment, garantie nécessaire de leur sincérité qui rend applicables les peines dont sont punis les faux témoins. L'absence de cette formalité aurait pour effet de leur refuser toute valeur, de les reléguer au rang de simples renseignements ; elles ne constitueraient plus alors la preuve légale qui est seule assez puissante pour atteindre l'autorité du procès-verbal.

Le serment n'est valablement prêté qu'autant qu'il l'est dans les formes prescrites par la loi. Les témoins doivent jurer de dire toute la vérité, rien que la vérité. L'emploi d'une formule autre que la précédente ne fournirait qu'un serment incomplet et irrégulier ; car la formule,

inscrite dans le code, a un caractère solennel qu'on ne peut méconnaître.

Le témoignage d'un seul témoin, produit dans les conditions légales, est suffisant pour détruire l'autorité d'un procès-verbal. L'adage *testis unus, testis nullus*, qui s'appliquait dans l'ancien droit, n'a plus qu'une valeur historique.

Les déclarations du prévenu, que ce soit des dénégations, ou de simples explications, seraient sans influence sur l'issue du débat. Il ne peut en résulter que de simples présomptions. Et si la présomption de droit qui couvre le procès-verbal peut-être détruite par la preuve positive d'un fait contraire à celui qu'elle suppose, elle ne peut l'être par des présomptions non autorisées par la loi et purement arbitraires.

Nous n'en dirons pas autant des déclarations des agents qui ont rédigé le procès verbal, lorsqu'elles ont été précédées de la prestation de serment. En l'absence de texte de loi qui les empêche de témoigner, on doit reconnaître que cesont des dépositions régulières d'où peut parfaitement résulter la preuve contraire.

Par contre l'officier chargé de requérir comme ministère public, dans l'exercice de cette fonction spéciale, atténuerait-il la force probante de l'écrit, irait-il jusqu'à l'innocence de l'inculpé, ces circonstances seraient sans effet sur l'issue de la poursuite. Car le ministère public sort ici de ses attributions qui consistent à résumer l'affaire devant les tribunaux de répression dont il fait partie, de

donner ses conclusions d'après l'instruction orale à laquelle il a concouru. Et la cour de cassation ne manquerait pas de refuser le caractère de preuve légale aux assertions de cette nature par lesquelles les juges motiveraient une sentence d'acquiescement. Ce caractère de preuve légale doit au contraire être reconnu aux déclarations de la partie civile qui a déposé dans des conditions régulières.

Le désistement qui émane du ministère public, serait sans résultat sur le dénouement du procès. Le procès-verbal ne doit tomber que devant la preuve contraire. Et le caractère mal fondé d'une cause n'a jamais été démontré par l'abandon de cette cause que d'autres raisons peuvent expliquer. Donc un jugement de condamnation n'en interviendrait pas moins.

Il en serait de même si la partie civile se désistait. La répression des délits est déterminée par un intérêt supérieur lésé ; l'intérêt particulier n'y entre que pour une faible part.

La preuve contraire peut encore résulter d'une expertise ou d'une descente sur les lieux. Le rapport des experts ne deviendra une preuve propre à infirmer la foi due au procès-verbal qu'autant que ces personnes auront prêté devant le procureur de la République le serment de faire leur rapport, de donner leur avis en leur honneur et conscience. De même pour avoir un caractère juridique, le transport sur les lieux doit être accompagné de toutes les formalités dont la loi a prescrit l'accomplissement ; le juge devra donc préalablement ordonner cette

mesure par jugement, en fixer le jour, en avertir les parties, les y admettre pour qu'elles puissent présenter leurs observations.

On pourrait induire de la lecture de l'article 154 *in fini* du code d'instruction criminelle, que le droit pour l'inculpé de fournir la preuve contraire suppose pour son exercice l'autorisation du juge. Parlant des preuves contraires, cette disposition ajoute « *si le tribunal juge à propos de les admettre.* » La loi entend-elle dire par ces mots qu'elle accorde ici plus spécialement aux tribunaux un pouvoir indéfini pour admettre ou rejeter cette preuve ? nous ne le pensons pas, car la preuve contraire est le droit commun de la défense ; elle est toujours admissible contre une présomption légale alors même que la loi ne l'aurait pas reconnu, il suffit qu'elle ne l'ait pas expressément écartée.

Le législateur n'a voulu consacrer rien d'arbitraire et d'exceptionnel ; réprimer l'esprit de chicane, empêcher les procès les plus simples de s'éterniser, il n'a pas voulu autre chose. Et pour cela il devait reconnaître aux juges la faculté de ne pas tenir compte des faits qui ne seraient pas concluants. C'est ce qu'il a fait. La partie finale de l'article 154 attribue donc aux tribunaux le droit de rejeter une preuve qui serait frustratoire. Nous pensons que tout rejet de cette nature devrait être motivé pour échapper à la censure de la cour de cassation ; les considérants de la sentence devraient exprimer au moins que la preuve refusée était frustratoire, soit parce

qu'elle ne détruisait pas les faits constatés au procès-verbal, soit parce qu'elle ne justifiait pas le contrevenant.

Ces idées sont résumées dans un arrêt de rejet de la cour suprême (9 décembre 1830. J. P. T. 23). Le motif de cassation invoqué était précisément le refus du tribunal d'admettre la preuve contraire offerte par l'inculpé, par cette raison que les résultats ni l'enquête n'auraient pas été concluants. La cour adopta cette manière de voir « attendu que ce motif suffisait pour justifier le refus d'entendre les témoins ; que ce refus était conforme à la disposition de l'article 153 du code d'instruction criminelle, puisque cet article n'exige l'audition des témoins qu'autant qu'il y a lieu de les entendre, et qu'ainsi il ne l'exige pas lorsqu'elle est inutile à la connaissance de la vérité ; que ce refus n'est pas contraire à l'article 154 du même code puisque cet article n'a prescrit l'audition des témoins que comme un moyen d'acquérir des preuves de la contravention, et qu'il ne la prescrit donc pas, lorsqu'il est reconnu qu'aucune preuve nouvelle n'est venue en résulter ; que dès lors le refus d'entendre les témoins ainsi motivé n'avait rien de contraire aux dispositions de la loi, non plus qu'aux règles de la procédure criminelle. »

Remarquons du reste que ces principes ne s'appliquent pas seulement en matière criminelle. Au civil, il est également vrai de dire *qui frustra probatur quod probatum non relevat* ; il serait superflu d'ordonner la vérification

d'un fait qui en le supposant vrai n'est pas de nature à amener le succès de la partie qui l'allègue.

En général la preuve contraire est proposée par la partie poursuivie. Mais le juge peut la provoquer lui-même. C'est ce qui ressort de l'article 154 qui s'abstient de spécifier de qui elle doit émaner. Le juge peut donc autoriser d'offrir toutes les mesures propres à éclairer sa religion : ordonner une expertise, une visite des lieux, une enquête. Bien entendu ces mesures n'auront d'effet qu'autant qu'elles seront revêtues d'un caractère juridique que leur imprimera l'observation régulière des formes légales.

Le droit de détruire à son tour par la preuve contraire les faits qu'invoque l'inculpé pour atteindre l'autorité du procès-verbal, appartient au poursuivant. Il peut, lui aussi, demander une contre-enquête, une expertise, une descente des lieux. Les tribunaux ne lui refuseront ces mesures interlocutoires qu'autant qu'elles auraient un caractère frustratoire; dans ce cas le devoir des juges serait de mentionner ce refus dans la sentence et de le motiver.

Mais la partie poursuivante a un autre droit. Il lui est permis de demander à corroborer les conclusions du procès-verbal par la preuve écrite ou testimoniale. C'est ce qui résulte de l'alinéa initial de l'article 154 qui dispose que les contraventions seront prouvées, soit par procès-verbaux ou rapports, soit par témoins à défaut de rapports et procès-verbaux ou à leur appui. Les juges ne

pourraient répondre par une fin de non recevoir à la requête du demandeur, qu'autant que la production de ce supplément de preuve serait de nature à ne rien démontrer, à n'établir que ce qui est déjà constant. Ce refus est en effet légitime lorsque les faits dont celui qui poursuit veut faire constater l'existence sont inutiles à la connaissance de la vérité.

C'est donc une obligation pour les juges d'admettre la preuve supplétive. Un jugement acquittant le prévenu en pareille circonstance sans expliquer le rejet qu'il fait implicitement de l'offre subsidiaire de moyens probatoires faite par le ministère public ou par la partie civile, serait sujet à annulation. La Cour de cassation doit être à même de vérifier si ce sujet est déterminé par de justes motifs, c'est là une appréciation du droit qui rentre dans sa compétence.

La preuve complémentaire peut être proposée tant en appel qu'en première instance. La Cour suprême la toujours décidé ainsi ; elle a jugé (3 février 1820. S. P. T. 15) « que les moyens de preuve peuvent être suppléés en tout état de cause ; qu'ils n'altèrent pas la demande primitive, qu'ils n'ont pour objet que de l'établir ; que l'audition des témoins quoique non requise ou offerte en première instance peut donc être demandée en cause d'appel et qu'elle y doit être admise, si elle y paraît utile à l'instruction de la cause ; que l'article 154 est conçu d'une manière générale, que sa disposition s'applique à l'instruction en cause d'appel, comme à celle qui peut être

faite en première instance ; que l'article 175 qui donne aux tribunaux d'appel le droit d'accorder ou de refuser l'audition de témoins non produits en première instance est relatif au cas, où en première instance il y a eu des témoins entendus ; qu'il ne modifie donc pas l'article 154 pour le cas où la preuve testimoniale n'a pas été employée devant les juges. » Mais il n'est pas permis de provoquer pour la première fois les preuves supplétives devant la Cour de cassation.

Nous remarquerons que le demandeur peut faire entendre, à l'appui des conclusions du procès-verbal, les agents qui l'ont dressé. Aucune loi en effet n'a exclu ces personnes du droit de déposer sur les faits qui y sont contenus.

Quels sont les cas d'application pratique de la preuve supplétive ? C'est d'abord l'insuffisance du procès-verbal. Le procès-verbal est insuffisant, quand sa teneur paraît peu concluante, quand il renferme des énonciations obscures qu'il est nécessaire d'éclaircir. C'est l'irrégularité du procès-verbal.

Les tribunaux ont eux aussi le droit de provoquer d'office la preuve supplétive. L'article 154 ne spécifiant pas les personnes dont elle doit émaner, pourquoi ne pas le leur reconnaître ? Aussi la jurisprudence a-t-elle toujours admis que les juges pouvaient faire appeler à l'audience les agents qui ont dressé procès-verbal pour fournir des explications sur les faits par eux dénoncés.

Les tribunaux pourront exiger un supplément de preuve

en cas d'irrégularité de l'écrit. Mais en dehors de cette hypothèse, nous croyons que le ministère public à la partie civile ne seraient légalement dans l'obligation de produire des moyens complémentaires de conviction que lorsqu'il y a insuffisance du procès-verbal. Si le procès-verbal est suffisant, si les faits, qui servent d'éléments au délit sont clairement exposés, le demandeur est dans son droit en refusant la preuve supplétive. Et les juges persistant dans la volonté de l'exiger, le conflit ne peut être tranché que par la Cour de cassation. Reconnaître qu'un procès-verbal est insuffisant, est une appréciation de droit qui tombe sous la censure de cette dernière.

Il ne faudrait pas croire que le procès-verbal constitue la base de l'action ; il en est une preuve à l'appui et pas autre chose. En cas d'absence de cet écrit, la contravention peut être établie par témoins, c'est l'article 154 qui le dit. Ce n'est pas là une preuve supplétive puisque les témoins qui sont appelés à déposer devant le tribunal sont le principal élément de conviction des juges.

Une fois les preuves administrées, le juge a un pouvoir discrétionnaire qui est absolument souverain. Le tribunal qui renvoie l'inculpé par appréciation des faits de la cause échappe donc à la censure de la Cour de Cassation. Il n'appartient pas à cette dernière d'apprécier les preuves qui ont produit la conviction dans l'esprit des juges. Ceux-ci en matière criminelle ne relèvent que de leur conscience pour l'examen auquel ils se livrent des témoignages par eux entendus.

Les tribunaux ne peuvent rendre une sentence sans la motiver, par conséquent acquitter le prévenu sans mentionner qu'il y a eu preuve contraire, sans articuler nettement en quoi ces preuves ont le pouvoir d'ébranler la foi due au procès-verbal. Il faut en effet que l'on puisse reconnaître, à la simple lecture du jugement, si le renvoi des fins du procès-verbal repose sur une appréciation de fait, laquelle est essentiellement souveraine, ou si elle repose sur une appréciation de droit laquelle peut être déferée à la révision de la Cour suprême. Sans cela les juges pourraient facilement soustraire leur décision à l'examen de cette Cour, quelque erronés que fussent les motifs de droit d'après lesquels ils se seraient déterminés. Nous terminerons en faisant remarquer que le doute que les débats auraient jeté dans l'esprit des membres du tribunal ne serait pas suffisant pour justifier une sentence d'acquiescement. Le doute ici ne s'interprète pas en faveur du prévenu, car il laisse absolument intacte l'autorité du procès-verbal que la preuve contraire seule peut détruire.

CHAPITRE IV

PROCÈS-VERBAUX FAISANT FOI JUSQU'A INSCRIPTION DE FAUX.

Les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux, présentent un degré de force probante exceptionnel. Pour en détruire l'autorité, il faut prendre la voie de l'inscription de faux.

Les faits qu'ils doivent constater sont de nature fugitive: ils ne laissent aucune trace; ils disparaissent au moment où ils se produisent; pour verbaliser, les agents doivent « les prendre sur le vif. »

Leurs auteurs recherchent les endroits isolés, les ténèbres de la nuit. Aussi est-il à peu près impossible d'en établir l'existence par des témoignages oraux.

Et comme les infractions, que ces écrits sont appelés à constater, se reproduisent systématiquement, comme elles portent une grave atteinte à la richesse et à la sécurité nationales, leur répression est de nécessité publique. Pour l'assurer le législateur n'a pas hésité à entourer les procès-verbaux de mesures de protection rigoureuses, sur lesquelles n'aura pas prise l'esprit de chicane, auxquelles ne s'attaqueront que les personnes convain-

cues de leur bon droit, et de l'efficacité des moyens dont elles disposent pour l'établir.

Les droits des particuliers sont suffisamment sauvegardés, si l'on considère la facilité avec laquelle les agents que la loi a chargés de verbaliser peuvent remplir leur mission, je dis le peu d'intérêt qu'ils ont à présenter des rapports mensongers, les dangers auxquels les exposerait le crime de faux.

Quels sont les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux ?

1. Les procès-verbaux en matière de douanes (loi du 9 floréal an VII art. 11). Il en est ainsi même de ceux qui sont dressés par les simples citoyens. On sait en effet que la loi de l'an VII (art. 1) a fait un devoir à tout citoyen de constater les contraventions aux lois sur les importations, exportations et circulations, et que ces constatations, si elles sont affirmées par deux personnes, font foi jusqu'à inscription de faux.

Ce dernier point a cependant été contesté. Peut-on ajouter, a-t-on dit, une autorité aussi grande aux déclarations émanant d'individus, qui agissent sans mission spéciale, sans caractère public, dont la moralité est inconnue ? Nous répondrons que la loi est si claire qu'il est impossible de douter ; l'article 1, confère expressément aux simples citoyens le pouvoir de verbaliser, et l'article 11 au point de vue de la force probante ne fait pas de différence entre les rapports émanés des simples citoyens, et ceux émanés des employés de l'administra-

tion. Ajoutons du reste que cette solution est absolument conforme à l'opinion que nous avons exposée au commencement de ce travail, d'après laquelle c'est la nature de la contravention qui sert à déterminer le degré de force probante du procès-verbal qui la constate.

Les procès-verbaux des employés de douanes, en ce qui concerne les saisies à l'intérieur de tissus prohibés de fabrique étrangère ne font foi que jusqu'à preuve contraire (Loi du 18 avril 1816).

2. — Les procès-verbaux en matière de contribution indirectes (art 84 de la loi du 5 ventôse an XII. art 26 du décret du 1^{er} germinal an XIII).

3. — Les procès-verbaux en matière d'octroi (art. 8 de la loi du 27 frimaire an VIII). Il suffit que ces écrits soient rédigés par un seul employé. La présence de deux préposés est exigée lorsqu'il s'agit de contravention aux lois sur les douanes et sur les contributions indirectes.

4. — Les procès-verbaux en matière de garantie d'or et d'argent. Quelques doutes se sont cependant élevés sur ce point. La loi du 19 brumaire an VI qui est relative à la surveillance du titre et à la perception des droits de garantie des matières d'or et d'argent n'en parle pas. Il en est de même du décret du 28 floréal an XIII, qui traite des contraventions et délits concernant la garantie des matières d'or et d'argent. On argue de ce silence pour soutenir que le degré d'autorité qui appartient à ces procès-verbaux ne donne pas le pouvoir de faire foi jusqu'à inscription de faux. On répond à cette objection en faisant

remarquer que les articles 80 et 81 de la loi du 5 ventôse an XII attribuent à l'administration des contributions indirectes la perception des droits, la recherche des contraventions en cette nature, que l'article 84 de la même loi déclare que les constatations des préposés de cette administration feront foi jusqu'à inscription de faux ; on doit en déduire que tous les procès-verbaux dressés en cette matière doivent être traités de la même façon, et partant ceux aussi des employés des bureaux de garantie.

On sait que ces écrits ne sont valablement rédigés qu'autant qu'ils l'ont été par deux proposés supérieurs de l'administration, en présence d'un officier municipal.

5. — Les procès-verbaux dressés en matière forestière par un seul agent ou garde, ils ne font foi jusqu'à inscription de faux qu'autant que le fait n'est pas passible d'une condamnation supérieure à cent francs (articles 176-177-178, du code forestier).

Dans le calcul de la somme de cent francs déterminée par l'article 177, n'entrent pas toutes les condamnations que le délit ou la contravention peut entraîner. Cette supputation, l'article 177 a le soin de le préciser, ne doit comprendre que les amendes et les dommages intérêts. Il faut donc en éliminer les restitutions en nature ou la condamnation en paiement de la somme qui représente leur valeur. Il faut en éliminer aussi les confiscations des instruments qui ont servi à commettre le délit, ou les sommes équivalentes aux objets confisqués.

Qu'arrive-t-il si la peine prononcée est celle de l'emprisonnement ?

sonnement ? La simple lecture de l'article 9 du code pénal donne la solution de cette question nous y lisons : les peines en matière correctionnelle sont : 1° l'emprisonnement à temps dans un lieu de correction ; 2° l'interdiction à temps de certains droits civiques, civils, ou de famille ; 3° l'amende. L'emprisonnement, on le voit, occupe le degré le plus élevé de l'échelle des peines correctionnelles. Il doit donc être considéré comme une peine plus sévère que l'amende, à quelque somme que cette dernière puisse monter. Par conséquent le procès-verbal, dressé par un seul agent forestier, constatant un fait délictueux qui est passible d'une condamnation de cette nature, fera foi jusqu'à preuve contraire.

Les procès-verbaux dressés par les gardes des forêts et bois particuliers ne font jamais foi jusqu'à inscription de faux (art. 188 du code forestier). « Il y aurait péril, a dit le rapporteur de la commission de la Chambre des pairs, dans la disposition par laquelle les procès-verbaux feraient foi jusqu'à inscription de faux. Car souvent ils pourraient être les instruments des passions des propriétaires. »

6. — Les procès-verbaux dressés en matière de pêche fluviale par deux agents ou garde-pêche. Sont-ils rédigés par un seul, ils ne font foi jusqu'à inscription de faux, qu'autant que le délit ne comporte pas une condamnation de plus de cinquante francs, tant pour amende que pour dommages-intérêts (art. 44, 47, 53, de la loi du 15 avril 1829).

La plupart des explications que nous avons données

sur les procès-verbaux en matière forestière s'appliquent ici.

7. — Les procès-verbaux dressés par deux gardes du génie militaire à l'occasion de délits contre la conservation des fortifications et de leurs dépendances, des casernes, hôpitaux, magasins, arsenaux, et en général de tout ce qui constitue le domaine de l'état dans les places de guerre et les garnisons de l'intérieur.

Nous ferons remarquer que l'art. 2 de la loi du 29 mars 1806, qui attribue ce pouvoir aux gardes du génie, a tort d'assimiler ces derniers aux gardes-champêtres dont les constatations ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

Faut-il appliquer aux procès-verbaux dressés par un seul garde du génie les règles qui régissent ceux de ces actes rédigée par un seul garde forestier ? Nous le pensons. Car l'esprit de la loi de 1806 est d'établir une assimilation complète entre ces deux classes d'agents. Or les articles 13 et 14 du titre 9 de la loi des 15, 29 septembre 1791, encore en vigueur lors de la promulgation de cette loi spéciale, décidaient que les procès-verbaux dressés par un seul agent forestier ne faisaient foi jusqu'à inscription de faux qu'autant que le montant pécuniaire de la condamnation ne dépassait pas cent livres. Il faut en déduire que dans cette limite le procès-verbal rédigé par un seul garde du génie ne fait pas foi jusqu'à preuve contraire.

8. — Les procès-verbaux des portiers-concierges des

places de guerre (Décret du 16 septembre 1811. article 19).

Tous ces procès-verbaux font foi jusqu'à inscription de faux.

C'est dire que leurs énonciations font plus que constituer une présomption de droit; elles ont la force d'une preuve légale.

Elles s'imposent aux juges qui ne peuvent s'en écarter, et qui doivent en faire la base de leurs sentences. Elles ne sont l'objet d'aucun débat, d'aucune discussion, attendu que la preuve contraire, qu'elle soit écrite ou testimoniale, ne saurait être admise. Les agents rédacteurs viendraient-ils par leurs déclarations postérieures, précédées du serment, en modifier le sens, en atténuer la portée, les tribunaux n'auraient pas à en tenir compte; car leurs dépositions sont de simples témoignages, de simples preuves, et il est de principe que l'on ne doit admettre aucun témoignage, aucune preuve, contre les délits qu'elles constatent.

La partie poursuivie n'a donc qu'un seul moyen de défense, c'est la voie périlleuse de l'inscription de faux.

Toutefois il serait trop absolu de dire que pour contester la teneur du procès-verbal cette procédure est toujours obligatoire.

Il y a, on le sait certaines parties dans le procès-verbal qui ne bénéficient pas au point de vue de la force probante, de l'autorité attachée à ce dernier. Ce sont d'abord les énonciations personnelles des agents chargés de rédi-

ger l'écrit, leurs inductions, leur présomption, ce sont aussi les rapports dressés sur les dénonciations d'une personne autre que l'agent rédacteur. Toutes ces déclarations sont de simples renseignements, que le juge est libre d'admettre ou de rejeter, qui comportent la libre discussion, qui partant rendent admissible toute espèce de preuves.

Il y a plus. Le juge est dans son droit en admettant sans inscription de faux le prévenu à établir des faits justificatifs, qui ne contredisent pas l'exactitude matérielle des allégations de l'agent rédacteur du procès-verbal.

Ainsi la preuve tendant à établir qu'en conduisant mes bestiaux dans un canton non défensable, j'ai été contraint par une force à laquelle il m'a été impossible de résister, devrait être admise, parce que cette preuve ne s'attaque pas aux conclusions du procès-verbal. Celui qui demande à la fournir reconnaît l'existence du fait incriminé, il reconnaît qu'il en est l'auteur. Il vise la contravention elle-même, il cherche à la supprimer, en soutenant qu'il n'est pas coupable, nos lois regardant en toute matière l'empêchement de force majeure comme faisant obstacle à la culpabilité.

En principe, pour les écrits qui nous occupent, la preuve supplétive n'est pas admise. La loi voulant que le procès-verbal fasse par lui-même preuve complète, le demandeur ne peut pas solliciter l'emploi de moyens complémentaires de conviction, le juge ne peut pas le provoquer. Il n'en est pas moins vrai que lorsque les énonciations de

l'acte seront impuissantes pour motiver une poursuite, les tribunaux devront avoir recours au complément de preuve, appeler pour les entendre les agents rédacteurs du procès-verbal. Mais cette insuffisance doit être certaine puisque c'est la condition de l'admission de la preuve supplétive, c'est là du reste une appréciation de droit dont la critique rentre dans les attributions de la cour suprême.

Il ne faut pas croire que la rédaction d'un procès-verbal soit essentielle pour poursuivre une contravention dont la constatation par écrit fait foi jusqu'à inscription de faux. La poursuite en est absolument indépendante ; l'écrit est toujours une preuve à l'appui de l'action, mais il n'a jamais servi de base à l'action. Aussi l'article 175, du code Forestier nous dit-il : « que les contraventions ou délits en matière forestière seront prouvés par témoins à défaut de procès-verbaux ou en cas d'insuffisance de ces actes. » La même disposition se retrouve dans la loi du 15 avril 1829 sur la pêche fluviale. En cas d'absence ou de nullité du procès-verbal, les faits incriminés seront établis par la preuve testimoniale, et pourront être détruits de même. La loi a cependant rejeté ce principe en matière de contributions indirectes, de douanes, de garantie d'or et d'argent ; ici le procès-verbal est la condition de la poursuite, car il constitue la seule preuve possible de l'existence de ces contraventions.

CHAPITRE V

PROCÈS-VERBAUX QUI NE VALENT QUE COMME SIMPLES RENSEIGNEMENTS

Les procès-verbaux qui ne valent que comme simples renseignements n'ont ni la valeur d'une preuve légale, ni la force d'une présomption de droit. Ce sont de simples rapports dont l'appréciation rentre dans le pouvoir discrétionnaire des juges que rien ne vient limiter. Les tribunaux ont donc le droit de les écarter ; pour cela la preuve contraire n'est pas nécessaire, les simples allégations du prévenu, qu'elles se présentent sous la forme d'explications ou de dénégations, suffisent.

Dans cette classe, nous rangerons :

Les procès-verbaux rédigés par les officiers judiciaires, lorsqu'ils agissent en dehors de la délégation que la loi leur a consentie.

Les procès-verbaux dressés par des agents ayant un pouvoir *ad hoc*, mais basés sur les déclarations de tiers, ou ne contenant que des appréciations personnelles aux rédacteurs de ces écrits.

Les actes des agents de police et de tous ceux qui n'ont pas le titre d'officier de police judiciaire. Ils ne peuvent

démontrer l'existence d'un délit ou d'une contravention, et partant servir de base à un jugement de condamnation. La plupart du temps on fait établir leur contenu par les dépositions de ceux qui les ont rédigés, appelés **comme** témoins. Le témoignage de leurs auteurs produit sous la foi du **serment**, supplée à leur défaut d'autorité.

Les procès-verbaux entachés de nullité.

Quant aux écrits, rédigés par des officiers de police judiciaire à l'occasion de voies de fait, injures dont ils auraient été l'objet, alors qu'ils ne sont pas dans l'exercice de leurs fonctions, ils ne constituent pas des procès-verbaux ; ils pourraient constituer tout au plus une simple plainte, à laquelle le ministère public donnera suite, s'il le juge convenable.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

- I. — Pour la formation du contrat *litteris*, il suffisait d'une mention inscrite par le créancier sur son registre du consentement du débiteur.
- II. — Les *syngraphæ* et *chirographa* ont un effet obligatoire chez les pérégrins.
- III. — Ce pouvoir d'obliger appartient au *chirographum*, devenu en usage parmi les Romains.
- IV. — Dans le dernier état du droit Romain la preuve littérale a une autorité plus grande que la preuve testimoniale.
- V. — Le pacte engendre une obligation naturelle.
- VI. — Le créancier a droit aux fruits échus *pendente conditione*, quand la créance est soumise à une condition suspensive.
- VII. — La servitude rurale est celle qui appartient à un terrain non bâti.
- VIII. — Le vendeur sous condition résolutoire est tenu des risques lorsque la condition se réalise.

DROIT FRANÇAIS

- I. — Les faits matériels sont les circonstances du délit

constatés *de visu, de auditu*, par les agents chargés de verbaliser.

- II. — Les aveux ne sont pas des faits matériels.
- III. — Les procès-verbaux font foi de la réalité des aveux mais non de leur sincérité, qui ne peut être présumée.
- IV. — Les procès-verbeux dressés en matière de douanes par deux simples citoyens font foi jusqu'à inscription de faux.
- V. — Les servitudes continues et apparentes ne peuvent s'acquérir par la prescription de 10 à 20 ans.
- VI. — L'usufruitier qui a fait de grosses réparations peut réclamer une indemnité au nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit.
- VII. — La femme séparée de biens peut aliéner son mobilier à titre onéreux, mais ne peut l'aliéner à titre gratuit.
- VIII. — Les père et mère naturels n'ont pas la jouissance des biens de leurs enfants.
- IX. — Sous le régime de communauté, l'indemnité d'assurances, payée au cas d'incendie d'un immeuble propre à l'un des époux, constitue un propre.

DROIT DES GENS

- I. — Le gouvernement qui a obtenu l'extradition ne peut

laisser poursuivre l'individu lésé que pour les faits ayant motivé la remise.

- II. — L'extradé qui a été acquitté ou qui a subi sa peine ne peut pas être livré par le gouvernement requérant à une puissance tierce sans l'autorisation du pays qui l'a livré.

DROIT CONSTITUTIONNEL

Le scrutin de liste assure mieux la représentation nationale que le scrutin d'arrondissement.

Vu par le Président de la thèse,
ALBERT DESJARDINS.

Vu le Doyen :
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

De la preuve littérale

PREMIÈRE PARTIE

ACTES PRIVÉS

CHAPITRE I. — Notions générales sur les actes privés . . .	7
CHAPITRE II. — Forme des actes privés.	26
CHAPITRE III. — De la foi due aux écrits privés.	33

DEUXIÈME PARTIE

DES ACTA FORENSIA

CHAPITRE I. — Origine des Acta Forensia	49
CHAPITRE II. — Forme des Acta Forensia	53
CHAPITRE III. — Force probante des Acta Forensia	60

TROISIÈME PARTIE

ACTES PUBLICS

CHAPITRE I. — Des actes rédigés par l'autorité publique. . .	66
CHAPITRE II. — Des actes déposés dans les archives	70
Valeur comparée de la preuve testimoniale et de la preuve littérale	73

DROIT FRANÇAIS

De la force probante

DES PROCÈS-VERBAUX EN MATIÈRE CRIMINELLE

INTRODUCTION.	85
CHAPITRE I. — Notions générales.	90
CHAPITRE II. — De quels faits font foi les procès-verbaux . . .	101
CHAPITRE III. — Procès-verbaux faisant foi jusqu'à preuve con- traire	118
CHAPITRE IV. — Procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux.	136
CHAPITRE V. — Procès-verbaux qui ne valent que comme simples renseignements	145
POSITIONS.	147

Imp. des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, PARIS.